Die Rechtsstellung des Boten, insbesondere die unrichtige Übermittelung von Botenerklärungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

vorgelegt von

Johannes Franzke,
Referendar, zurzeit am Kgl. Landgericht zu Neisse.

Breslau.
Druck der Buchdruckerei der Schlesischen Volkszeitung.
1912.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
:—: der Universität Breslau. :—:

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Pandektenlehrbücher und Kommentare zum BGB.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. Jena 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. Tübingen 1900.
Dernburg, Pandekten, Bd. I. Berlin 1892.
Dernburg, Pandekten, Bd. II. Berlin 1894.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. I., 3. Aufl. Halle 1906.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. Berlin 1903.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1882.
Engelmann, Das bürgerliche Recht. Berlin 1906.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Marburg 1905.
Gebhard, Entwurf eines BGB., Allg. Teil. Begründung, Vorlage des Redaktors.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I. Berlin 1903.
Haidlen, Bürgerliches Recht, Allg. Teil. Stuttgart 1897.
Hölder, Kommentar zum allg. Teil des BGB. München 1900.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. Berlin 1904.
Leonhard, Der allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
Materialien zum BGB.
  a) Entwurf eines BGB.; erste Lesung. Berlin 1887.
  b) Motive zu dem Entwurf eines BGB. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888.
  c) Originalsitzungsprotokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB., I. Buch. Berlin 1890/1891.
  d) Entwurf eines BGB.; zweite Lesung. I. Buch. Berlin 1892.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. I. Buch. Berlin 1908.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I. Berlin 1903.
Regelsberger, Pandekten. 1893.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I. Berlin 1899.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I. München 1904.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I. Frankfurt a. M. 1891.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II. Frankfurt a. M. 1890.

II. Spezialschriften:

Aßmann, Die Rechtsstellung des Boten. Diss. Jena 1906.
Bähr, „Über Irrungen beim Kontrahieren durch Mittelspersonen", in Iherings Jahrbüchern, Bd. VI., S. 286 ff. 1863.
Breit, Die Geschäftsfähigkeit. Leipzig 1903.
Brock, Das negative Vertragsinteresse. Berlin 1902.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung. Rostock 1852.
Curtius, „Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen“, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 58. 1875.
Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Aufl. Jena 1906.
Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten. Diss. Erlangen 1908.
Fleck, „Der Bote (nuntius)“, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15. S. 337/414.
Franke, Die unrichtige Uebermittelung von Botenerklärungen. Diss. Heidelberg 1908.
Fromm, Der Bote. Diss. Erlangen 1908.
v. Hase, Die unrichtige Übermittelung des § 120 BGB. Diss. Jena 1907.
Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. I. Teil. Berlin 1910.
Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.
Hellwig, „Anspruch und Klagrecht“, in Fischer's Abhandlungen, Bd. V. Jena 1900.
Hellwig, Der Bote ohne Ermächtigung. Diss. Erlangen 1908.
Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Leipzig 1910.
Jacobi, „Die Theorie der Willenserklärungen“, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. XX, 2 München 1910.
v. Ihering, „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte“, in Iherings Jahrbüchern. Bd. I. 1857.
v. Ihering, „Culpa in contrahendo“, in Iherings Jahrbüchern, Bd. IV. 1861.
Josef, „Die unrichtige Übermittelung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson“, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. S. 402/407. 1905.
Jüngling, Zur Lehre vom Boten und vom Stellvertreter. Diss. Greifswald 1906
Krückmann, „Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung“, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 52, S. 428 ff. Jena 1907.
Krückmann, „Verschuldungsaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit“ in Iherings Jahrbüchern, Bd. 55, S. 1 ff. Jena 1909.
Leonhard, „Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge“. 2. Aufl., in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 22. u. 23. Heft. Breslau 1907.
Leonhard, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. Leipzig 1892.
Maier, Der Bote. Diss. Göttingen 1896.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1907.
Manigk, „Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte“, in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 5. Heft. Breslau 1901.
Marcus, „Zur Kasuistik des Botenrechts“, im „Recht“. XI. Jahrg. Nr. 1. 1907.
Meyer, „Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht“, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. XVIII, 2. München 1909.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. Wien 1885.
Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Berlin 1900.

Regelsberger, in der „Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“. Bd. XLVII. München 1907.

v. Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. II. Berlin 1853.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840.

Schliemann, „Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung“, in der Zeitschrift für das Handelsrecht, Bd. 16. Erlangen 1871.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, I. Teil. Leipzig 1900.

Sperber, Fragen zur Botenlehre. Diss. Jena 1908.

Titze, Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.

Voswinkel, Die unrichtige Übermittelung des § 120. Diss. Jena 1907.

Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte. Wien 1906.

§ 1.

Einleitung.

Auf der ältesten Stufe der Rechtsentwickelung bildete der Vertragsabschluß durch die beiderseitigen Kontrahenten selbst die Regel. Die gesteigerten Anforderungen des Verkehrs indes brachten es mit sich, daß man sich beim Abschluß der Verträge auch einer Mittelsperson bedienen konnte, die in verschiedener Weise verwendet wurde.

Hinsichtlich der Art ihrer Tätigkeit sind vor allem zwei Hauptgruppen von Mittelspersonen herausgebildet worden, die durch die Wissenschaft als „Stellvertreter" und als „Bote" einander gegenüber gestellt werden. Bereits das römische Recht, vor allem aber auf dessen Grundlage die gemeinrechtliche Wissenschaft haben es sich angelegen sein lassen, eine Abgrenzung jener beiden Begriffe zwecks ihrer Unterscheidung voneinander herbeizuführen.

Für unser jetziges Recht hat das Bürgerliche Gesetzbuch diese Frage zu einem gewissen Abschluß gebracht. Allerdings ist von ihm nur die Stellung des Stellvertreters in ausgiebiger Weise in den §§ 164—181 geregelt worden, wohingegen des sog. Boten nur ganz kurz in § 120 gedacht wird.

Als Grund für diese verschiedene Behandlung der beiden so nahe verwandten Begriffe führt Fleck[1]) mit Recht an, „daß gerade bezüglich des Stellvertreters die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts reiche Ergebnisse zutage gefördert hätten, wohingegen die wissenschaftliche Diskussion bezüglich des Boten noch nicht zu einem befriedigenden Abschlusse geführt hätte. Da die Gesetzgeber aber ihre Werke unmittelbar auf jener wissenschaftlichen Tätigkeit aufgebaut hätten, so sei es klar, daß die Abhängigkeit ihrer legislativen Tätigkeit von jenen Vorarbeiten auch hier in Erscheinung trete."

Im folgenden soll nun zunächst die Rechtsstellung erörtert werden, die regelmäßig, d. h. im normalen Rechtsverkehr, der Bote im heutigen Recht einnimmt. Sodann soll im besonderen der regelwidrigen Tätigkeit eines Boten, nämlich der unrichtigen Übermittelung der Botenerklärung, gedacht werden.

---

1) S. 337/338.

Was die Erledigung der zuerst gestellten Aufgabe bezüglich der Rechtsstellung des Boten anbetrifft, so wird es sich empfehlen, die beiden, wie bereits erwähnt, nahe verwandten Begriffe des Boten und Stellvertreters einander gegenüberzustellen und auf diese Weise die Abgrenzung vorzunehmen, da erfahrungsgemäß gerade bei einer derartigen Vergleichung die Eigenheiten des einzelnen Begriffs besonders scharf hervortreten. Zwecks Erlangung eines recht zuverlässigen Ergebnisses erscheint es weiterhin geboten, die erwähnte begriffliche Unterscheidung des Boten und Stellvertreters schon von dem ersten Auftreten jener beiden Begriffe im Rechtsverkehr an zu verfolgen.

Erster Abschnitt.

Die Unterscheidung zwischen Boten und Stellvertreter.

§ 2.

Nach römischem und gemeinem Recht.

Für das römische Recht ergab sich aus der strengen Auffassung des Begriffs der obligatio als eines „juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae“, daß an sich nur die Kontrahenten selbst miteinander den Vertrag schließen konnten, und die Mitwirkung eines Dritten zunächst dabei überhaupt ausgeschlossen erschien.

Nun wird aber an verschiedenen Stellen der Digesten, auf die im folgenden des näheren eingegangen werden wird, beim Abschluß von Verträgen auch die Mitwirkung eines „nuntius“ erwähnt:

1. l. 2 pr. D. de pactis (2,14): Labeo ait convenire posse, vel re, vel per epistolam, vel per nuntium, inter absentes quoque.
2. l. 1 § 1 D. mand. (17,1): Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. Ideo per nuntium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest.
3. l. 1 § 2 D. de contr. emt. (18,1): Est autem emtio juris gentium et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per literas.

4. l. 2 § 1 und 2 D. de obl. et act. (44,7): Consensu fiunt obligationes in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium.

Die erwähnten vier Stellen haben zunächst alle das gemeinsam, daß es sich um einen Vertragsabschluß unter Abwesenden handelt. Während nun aber die erstgenannte Stelle dann einen Vertragsabschluß „per nuntium“ ohne weiteres zuläßt, wird in den anderen erwähnten Fällen die Zulässigkeit des Abschlusses „per nuntium“ des näheren damit begründet, daß es sich hier lediglich um Konsensualkontrakte handele, bei denen der bloße Konsens der Vertragschließenden die Wirksamkeit des Vertrages herbeiführe, ohne daß, wie namentlich in der letzten Stelle des näheren ausgeführt wird, besondere Formen erforderlich seien. Deshalb sei es also möglich, derartige Kontrakte auch unter Abwesenden zu schließen, wobei man sich dann eines nuntius zur Mitteilung des Konsenses bedienen könne.

Wie aber im übrigen die Stellung dieses „nuntius“ aufzufassen sei, darüber erhalten wir aus den erwähnten Stellen keinen näheren Aufschluß. Jedoch fällt auf, daß in allen genannten Fällen mit der Verbindung „vel per nuntium vel per epistolam (literas)“ der Vertragsabschluß „per nuntium“ dem „per epistolam“ gleichgestellt ist. Mithin wird der nuntius wie die epistola als ein lediglich der Übermittelung dienendes Werkzeug anzusehen sein.

Dies ergibt sich besonders deutlich des weiteren aus:

l. 14 § 3 und l. 15 D. de pec. const. (13,5): Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicuti pacisci et per nuntium, et per nosmet ipsos, et quibuscunque verbis.

Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur.

Paulus, der Autor dieser Stelle, ist sich des Grundsatzes des altrömischen Rechts „per liberam personam nobis nihil adquiri potest“ wohl bewußt, und sucht gerade mit Rücksicht darauf

die anderseits unbeschränkte Zulässigkeit der Verwendung eines nuntius zu rechtfertigen, „da dieser doch nur eine unselbständige Dienstleistung vorzunehmen scheine“, also jedenfalls eine irgendwie rechtlich erhebliche Handlung seinerseits nicht vornehme.

Es kann somit als feststehend angesehen werden, daß schon nach römischem Recht die Mitwirkung eines Dritten beim Abschlusse eines Vertrages zulässig war, wenn dessen Tätigkeit darauf beschränkt war, daß er als nuntius lediglich zur Übermittelung der fremden Willenserklärung diente.

Anderseits pflegt man indes im Anschluß daran die weitere Behauptung aufzustellen, daß das römische Recht die Mitwirkung des Dritten nur in dieser einen Form zugelassen hat. Keineswegs aber sei ihm bereits die sogen. Stellvertretung bekannt gewesen, bei der der Dritte an sich selbständig seinen eigenen Willen erkläre, die Rechtsfolgen dieser Erklärung aber nicht ihn selbst, sondern den von ihm Vertretenen treffen sollten. (So vor allem Windscheid I, 181, Dernburg I, 27.)

Nun findet sich aber auch eine Reihe von Stellen in den Pandekten, aus denen man schließen kann, daß neben dem nuntius, der als bloßes Werkzeug die fertige Erklärung des Handelnden überbringt, dem römischen Recht doch auch jene andere Form der Mitwirkung des Dritten schon bekannt war, derart also, daß der Dritte selbständig das ganze Rechtsgeschäft für den anderen vornahm. Neben den anderen von Mitteis (S. 132 u. 133) zitierten l. 37 D. ad S. C. Treb. (36,1) und l. 35 § 3 D. h. t. sei besonders hier hingewiesen auf:

> l. 18 D. de spons. (23,1): In sponsalibus constituendis parvi refert, per se et coram an per internuntium vel per epistolam an per alium hoc factum est, et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur.

Bei dem Abschlusse eines Verlöbnisses werden hier für den Fall, daß dasselbe nicht durch die Kontrahenten selbst und zwar unmittelbar eingegangen wird, zwei Möglichkeiten der Vermittelung zugelassen, indem die Abgabe der zum Zustandekommen des Vertrags erforderlichen Erklärung einmal erfolgen kann durch den oben schon behandelten und der epistola wieder gleichgestellten nuntius, dem hier aber andererseits der „alius“ entgegengesetzt wird. Die Gegenüberstellung des alius einerseits und des nuntius andererseits, ist sprachlich durch das „an — an“ besonders scharf zum Ausdruck

gebracht; dem nuntius nur ist durch das „vel", dem Sprachgebrauch der Quellen entsprechend, die epistola als gleichwertig zur Seite gestellt.

Mit Recht wird man daraus, wie Maier[1]) betont, folgern müssen, „daß der alius nicht ein bloßer nuntius, ein Werkzeug, wie die epistola sein kann." Dem alius wird vielmehr eine freiere Stellung hinsichtlich des Vertragsabschlusses einzuräumen sein, derart, daß der Vertrag hier durch seinen eigenen Willen zustande kommt. Da nun aber die Wirkungen des Verlöbnisses nicht die Person des alius treffen sollen, sondern dieses nur durch dessen Vermittelung für den Vertretenen selbst wirksam werden soll, so wird man hier die Zulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung des sich Verlobenden durch den alius als gegeben annehmen müssen.

Die gegenteilige Ansicht von Schloßmann,[2]) nach der ein Unterschied zwischen dem hier erwähnten nuntius und dem alius allein darin zu erblicken sei, daß „es sich um Personen verschiedener sozialer Schichten handele, insofern der nuntius eine untergeordnete Person, der alius aber ein Freund oder Verwandter sei", mithin also auch dieser einen bereits fertigen Willensentschluß lediglich dem anderen Teile überbringe, aber nicht den Vertrag durch sein Eintreten erst selbst mit Wirkung für den anderen abschließe, wird als gekünstelt zu verwerfen sein. Denn m. E. hätte, wenn wirklich der Autor jener Stelle mit „alius" nur einen „einer höheren sozialen Schicht" angehörigen Boten gemeint hätte, er dies durch entsprechend nähere Bezeichnung desselben zum Ausdruck gebracht, anstatt ganz allgemein den alius in so auffallender Weise dem nuntius gegenüberzustellen.

Abgesehen von dieser Stelle und den oben nur angedeuteten beiden anderen, in denen gleichfalls durch die Gegenüberstellung des nuntius und des alius gewissermaßen rein äußerlich darauf hingewiesen ist, daß der Dritte in zweifacher Weise an dem Zustandekommen des Vertrages beteiligt sein kann, wird in der unten angeführten Stelle des näheren auf jenen Unterschied eingegangen. Von besonderer Bedeutung erscheint diese Stelle auch deshalb, weil hier anstatt des unbestimmten „alius" von dem „procurator" die Rede ist:

> l. 1 D. de proc. et def. (3,3): Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat.

---

[1]) S. 6.

[2]) S. 322.

§ 1. Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest, constitutus vel coram, vel per nuntium vel per epistolam, quamvis quidam, ut Pomponius libro vicesimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse, sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistolam, vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. Sed verius est eum quoque procuratorem esse, qui ad unam rem datus est.

§ 2. Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt, vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri.

Die in dem ersten Satze der angeführten Stelle enthaltene Begriffsbestimmung des procurator wird man, wenn auch Dernburg[1]) darauf hinweist, daß die Bezeichnung procurator sehr vieldeutig sei, sehr wohl in dem oben erwähnten Sinne von Stellvertreter auffassen können, umsomehr, als die in § 2 jener Stelle erwähnte Verwendung des procurator gerade den Hauptfällen entspricht, in denen die Mitwirkung eines Dritten in der freieren Stellung als Stellvertreter erforderlich wird, was vor allem dann der Fall ist, wenn der andere, wie es dort heißt, selbst das Geschäft vorzunehmen nicht imstande ist.

Von besonderer Bedeutung ist, wie oben schon angedeutet wurde, die hier behandelte Stelle aber auch deshalb, da in § 1 derselben der zwischen der Tätigkeit des nuntius und der des procurator liegende Unterschied erwähnt wird. Wenn auch der Hauptzweck von § 1 zunächst nur die Erörterung der Frage betrifft, ob außer dem für die Vornahme aller Geschäfte bestellten procurator auch der für den Abschluß nur eines einzelnen Geschäfts bestellte als ein procurator anzusehen sei, so wird doch, wie Curtius[2]) treffend bemerkt, „diese Frage gerade mit dem Hinweis darauf bejaht, weil der Mandatar, dem ein einzelnes Geschäft befohlen sei, keineswegs dem Boten gleichstehe, der einen Brief oder eine Sache besorgen oder eine Botschaft ausrichten solle.“

Wenn man nun den Grund sucht, warum ein derartiger Unterschied zwischen dem procurator unius rei und dem nuntius gemacht wird, so wird man ihn mit Maier[3]) darin finden, daß

[1]) II, 314 Anm. 2.

[2]) S. 71.

[3]) S. 8.

„der Botenauftrag eben technisch kein Auftrag „unius rei“ sei, da dem Boten nicht die res — das Geschäft selbst — zur Erledigung aufgetragen werde, er vielmehr nur durch Abgabe der Erklärung die Mitteilung der Worte inter absentes besorge, wohingegen der Stellvertreter die „res“ selbst inter praesentes durch Abgabe einer auf denselben Zweck abzielenden Erklärung besorge.“

Wir sehen also, daß schon im römischen Recht sich Ansätze finden, die darauf abzuzielen scheinen, den Begriff des „nuntius“ von dem des „procurator“ zu scheiden, wenn auch die Unterscheidung im einzelnen noch ziemlich unklar ist, und es vor allem an einer unmittelbaren Begriffsbestimmung des nuntius mangelt.

Es ist das Verdienst der Glossatoren, jenen Unterschied zwischen nuntius und procurator genauer erkannt und festgelegt zu haben. Azo verdanken wir die erste Begriffsbestimmung des nuntius:

„Nuntius est is, qui vicem gerit epistolae estque velut pica et organum et vox domini mittentis ipsum et ricitat verba domini, puta misit dominus, ut sciret, an ille sibi venderet pro decem.“

Buchka[1]) hebt hervor, „daß es daher die Pflicht des nuntius sei, die Vertragsworte auf die Person des dominus zu richten, während umgekehrt der procurator den Vertrag auf seinen eigenen Namen abschließen müsse.“

Unter den Postglossatoren kennzeichnet besonders Baldus[2]) den Unterschied zwischen nuntius und procurator mit den Worten

„ . . . nuntius proprio animo et propria industria nihil loquitur, sed dominus loquitur in ipso et per ipsum et in hoc etiam differt a procuratore, quia procurator plerumque ex proprio animo et propia industria facit, . . quia nuntius nil potest declarare vel addere, sed habet solum verba domini formaliter referre.“

In den folgenden Jahrhunderten ist ein weiterer Fortschritt hinsichtlich jener Unterscheidung nicht gemacht worden. Erst durch Buchkas 1852 erschienene Schrift „Die Lehre von der Stellvertretung“ ist jener Unterschied wieder in den Vordergrund getreten, nun aber auch desto gründlicher erforscht und klargelegt worden. Die sich gegenübertretenden Meinungen lassen sich in

---

1) S. 123.

2) nach Buchka S. 135/136.

zwei Hauptgruppen scheiden; die eine sieht Boten und Stellvertreter als einander völlig gleichstehend an, während nach der anderen die Tätigkeit der Mittelsperson verschieden zu beurteilen ist, je nachdem sie als Bote oder als Stellvertreter anzusehen ist.

Da aus der Begründung dieser beiden verschiedenen Meinungen sich wichtige Merkmale für die uns beschäftigende Frage nach dem Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter ergeben, so soll im folgenden auch hierauf des näheren eingegangen werden.

Die zuerst erwähnte Meinung wird hauptsächlich von Savigny vertreten, der in seinem „Obligationenrecht" (Bd. II) durch nähere Entwickelung eines Beispiels ganz klar zum Ausdruck bringt, daß für ihn ein Unterschied zwischen der Tätigkeit des Boten und Stellvertreters nicht vorhanden sei.

Der Bote erhält zuerst den Auftrag, lediglich den vollständigen Inhalt einer Willenserklärung zu überbringen (ein Pferd um 100 zu kaufen)[1]. Sodann aber wird er für denselben Kauf ermächtigt, „den Preis wo möglich auf 90 herunterzuhandeln, im Notfall jedoch auf 100 einzuwilligen", während er schließlich sogar befugt sein soll, „dasjenige Pferd auszusuchen, das er für das passendste hält und dieses zu kaufen, wobei ihm auch mehr oder weniger Freiheit in der Bestimmung des Preises überlassen bleiben solle."

Daran anschließend meint Savigny[2], „daß sein (als des Geschäftsherrn) auf mannigfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben solle, ja noch immer sein Wille sei, und der Stellvertreter selbst in allen diesen Fällen der anderen Partei gegenüber als der bloße Träger seines (des Geschäftsherrn) Willens erscheine." Mithin ist nach Savigny's Meinung in allen Fällen der Vertretung für das Zustandekommen des Geschäfts lediglich der Wille des Vertretenen maßgebend, während nach ihm Bote wie Stellvertreter beide nur Werkzeuge sind, die sich nur nach dem Grade ihrer Tätigkeit, aber nicht ihrer Gattung nach unterscheiden.

Ganz abgesehen davon, daß sich schon in den Quellen, wie oben gezeigt, jene Unterscheidung angedeutet findet, wird man auch mit Rücksicht darauf, daß es doch bei der Mitwirkung des Dritten in rechtlicher Hinsicht keineswegs gleichgültig sein kann, ob der

---

1) S. 58.
2) S. 59.

Dritte nur den fremden, bereits genau fixierten Willen dem anderen Teile übermittelt, oder ob ihm selbst ein Einfluß auf die Bildung dieses Willens eingeräumt ist, sich der anderen Hauptgruppe anschließen müssen, die genau zwischen dem Boten und Stellvertreter unterscheidet.

Bezüglich der Abgrenzung der beiden Begriffe treten sich indes auch hier noch verschiedene Meinungen gegenüber.

Mit klaren, entschiedenen Worten unterscheidet Buchka[1]) in seiner schon oben erwähnten bedeutsamen Schrift in folgender Weise:

> „Überhaupt aber darf der procurator nicht mit dem nuntius identifiziert werden. Der nuntius hat lediglich die Aufgabe, den Willen des Prinzipals dem anderen Kontrahenten zu überbringen, er ist daher bei dem Kontraktsabschluß nur das Werkzeug des Prinzipals als des eigentlichen Kontrahenten und darf nicht selbst als der juristisch handelnde aufgefaßt werden. Hieraus ergibt sich die wichtige Folge, daß die juristischen Wirkungen des Vertragsabschlusses nicht aus der Person des nuntius, sondern allein aus der des Prinzipals zu beurteilen sind. . . .“

„Der procurator[2]) unterscheidet sich von dem nuntius dadurch, daß er nicht bloß als Organ fremden Willens auftritt, sondern selbst die juristische Handlung des Vertragsabschlusses vollzieht. Das Vorhandensein eines Prokurators wird daher in der Regel daran erkennbar sein, daß die Vollmacht dem Ermessen desselben in Bezug auf die Eingehung des Vertrages einen gewissen Spielraum gewährt, während in den Fällen, in denen der Prinzipal selbst alles so speziell vorschreibt, daß für den Beauftragten gar keine Sphäre eines eigenen Entschlusses übrig bleibt, derselbe auch nur die Aufgabe behält, als Bote den Willen seines Auftraggebers zur Kenntnis des anderen Kontrahenten zu bringen. Das eigentümliche Wesen der Repräsentation des Prinzipals durch den Prokurator besteht nach dem soeben bemerkten darin, daß die Wirkungen des Vertrages vermöge rechtlicher Fiktion auf den ersteren bezogen werden, obgleich die Handlung, durch welche der Vertrag zustande gebracht wird, eine für ihn fremde ist. Die Wirksamkeit des von dem Prokurator im Namen

---

1) S. 205.

2) S. 206.

des Prinzipals abgeschlossenen Vertrags ist daher aus der Person des ersteren zu beurteilen."

In ähnlicher Weise kennzeichnet v. Jhering den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter. Er geht davon aus[1]), daß man zwischen den „juristischen und den faktischen Elementen eines Rechtsgeschäfts" zu unterscheiden habe.

Der Stellvertreter[2]) unterscheide sich vom Boten eben dadurch, daß seine Mitwirkung am Rechtsgeschäft juristischer Natur sei. Die faktische Dienstleistung Dritter hingegen habe beim Abschluß des Rechtsgeschäftes unter Abwesenden vorzugsweise das Überbringen einer Willenserklärung oder einer Sache zum Gegenstande.

Der Bote[3]) sei nichts als „kommunikatives Instrument" und bleibe dem Rechtsgeschäft völlig fremd.

Ferner wäre noch Mitteis[4]) zu nennen, der den Boten bezeichnet als

> „eine besondere Spezies des allgemeineren Genus »Vertreter in Rechtsgeschäften«, bei welcher aber der Wille des Vertreters in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsgeschäftes auf Null reduziert sei."

Diesen Botenbegriff erweitert er jedoch im folgenden mit den Worten, daß

> „der Bote aber keineswegs als ganz willenlos anzusehen sei, da er ja, wenn er sich auch um den Inhalt des Vertrages garnicht kümmere, doch eines wolle und eines tue, nämlich die Erklärung."

Fleck[5]) hebt demgegenüber mit Recht hervor, daß dieser Umstand wohl von keiner Seite bestritten werde, aber ganz untergeordneter Art sei, und somit auch Mitteis zu denen zu zählen sei, die von einem grundsätzlichen Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter ausgehen.

Dieser aber wird, wie schon hervorgehoben wurde, darin zu finden sein, daß der Bote lediglich als ein zur Übermittelung von Willenserklärungen dienendes Organ anzusehen ist, wohingegen der Stellvertreter als ein Vertreter im Willen auftritt.

---

1) I. S. 275.
2) I. S. 277.
3) S. 279.
4) S. 131.
5) S. 341.

§ 3.

Nach heutigem Recht.

Welcher von diesen Meinungen hat sich nun das Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen?

Dasselbe behandelt zwar in §§ 164—181 in eingehender Weise den Begriff und die Tätigkeit des Stellvertreters, wohingegen der Bote als solcher nirgends Erwähnung findet. Indes wird man in § 120: „Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung", unter der »zur Übermittelung einer Willenserklärung verwendeten Person« auch den „Boten" in dem bisher von uns gebrauchten Sinne zu verstehen haben.

Aus der räumlichen Trennung, die das sorgsam ausgearbeitete Gesetz hier bezüglich dieser beiden Begriffe eintreten läßt, wird man aber wenigstens den Schluß ziehen können, daß das Gesetz keinesfalls den Boten als eine bloße Abart des Stellvertreters angesehen wissen will, also jedenfalls die oben erläuterte Savigny'sche Ansicht nicht zu der seinigen gemacht hat. Einigen Aufschluß über den Willen des Gesetzes hinsichtlich unserer Streitfrage geben uns aber die Materialien zu dem Gesetzbuch.

Die oben angedeutete Trennung der beiden Begriffe findet sich bereits in dem von der I. Kommission ausgearbeiteten ersten Entwurf ausgesprochen. Die dortigen § 101 einerseits und §§ 115 ff. anderseits entsprechen, soweit sie die hier zur Erörterung stehende Frage betreffen, ganz den oben genannten Paragraphen des jetzigen Gesetzestextes. Aus den dem ersten Entwurf beigegebenen „Motiven" indes gewinnen wir ein wertvolles Ergebnis, insofern diese bei der Besprechung des § 101, der die Erklärung durch eine Mittelsperson der eigenen Erklärung gewissermaßen gleichstellt, ausdrücklich betonen[1]):

> „daß selbstverständliche Voraussetzung der Anwendung der Vorschrift sei, daß die Mittelsperson nur »Bote«, nicht »Vertreter« sei."

---

[1]) S. 203.

Des weiteren bemerken die Motive[1]) zu § 115 des ersten Entwurfes:

„Unter Vertretung wird in dem Entwurfe Vertretung im Willen verstanden. Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes nur insofern mit, als er die Willenserklärung des einen Teiles auf dessen Veranlassung dem anderen Teile übermittelt, so ist er Mittelsperson, Bote (vergl. § 101).“

Auch der von der zweiten Kommission verfaßte zweite Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches entspricht in seinen §§ 95 u. 134 ff., soweit es sich um unsere Frage handelt, der schließlich zur Geltung gelangten jetzigen Fassung.

Aus den von dieser Kommission herausgegebenen Originalsitzungsprotokollen kann man ersehen, daß die Kommission ebenfalls der Beratung unserer Materie den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter zugrunde gelegt hat. So heißt es z. B. anläßlich der Beratung über die Einzelbestimmungen des Abschnitts: „Vertretung und Vollmacht“ an einer Stelle[2]) ausdrücklich:

„falls er wirklich als Vertreter und nicht etwa nur als Bote handele, so . . .“

Darin, daß das Gesetz schließlich von einer genauen Feststellung des Botenbegriffs Abstand genommen hat, dürfte, wie Fleck[3]) sich äußert,

„kein Fehler, sondern vielmehr ein Vorzug des Gesetzes liegen, da Wissenschaft und Rechtsanwendung jetzt durch kein Machtwort des Gesetzgebers gehindert seien, aus allgemeinen Grundsätzen und unter Beachtung der unzähligen Kombinationen des praktischen Lebens diejenige Lösung anzutreten, die als die dogmatisch richtige erscheine und zugleich den Bedürfnissen der Rechtsanwendung entspreche.“

Da uns also das heute geltende Gesetz hier solchen Spielraum gewährt, so werden wir die Stellung betrachten müssen, welche die Wissenschaft jetzt zu unserer Frage einnimmt.

Wohl die gesamte Literatur scheint indes, unter voller Einigkeit darüber, daß überhaupt ein genauer Unterschied zwischen der Tätigkeit des Boten und des Stellvertreters gemacht werden müsse,

1) S. 223.
2) S. 291.
3) S. 338.

diesen Unterschied in ganz ähnlicher Weise, wie es sich für das oben behandelte römische Recht ergab, aus der Art, wie der Dritte tätig wird, abzuleiten.

So geht Staudinger[1]) davon aus, (und in voller Übereinstimmung mit ihm Crome[2]), daß wir uns bei der Abgabe von Willenserklärungen der Hilfe anderer in doppelter Weise bedienen können, und zwar so, daß entweder der Andere den von uns ausgehenden Willensakt lediglich übermittele, ohne daß seiner eigenen Entschließung etwas überlassen bleibe, wobei der andere nur wie ein mechanisches Werkzeug, wie ein Brief, eine Depesche wirke, und regelmäßig dann Bote genannt werde, oder aber so, daß wir dem anderen nicht nur die Übermittelung, sondern auch die Willensentschließung selbst überließen, was als Stellvertretung oder Vertretung im Willen zu bezeichnen sei.

Planck[3]) erklärt, daß die rechtlichen Grundsätze, von denen die Entscheidung abhänge, ob jemand Vertreter oder Bote sei, unzweifelhaft seien, da es nur darauf ankomme, ob die betreffende Person das Rechtsgeschäft selbst vornehme, oder ob sie nur die Erklärung des Geschäftsherrn überbringe, und dieser es also sei, der das Rechtsgeschäft vornehme, (im ersteren Falle sei die betreffende Person Vertreter, im zweiten Falle Bote).

Cosack[4]) fixiert den Unterschied mit den Worten, daß

> „der Vertreter sich selber als den Urheber der von ihm abgegebenen Willensäußerung, der Bote aber sich lediglich als den Überbringer derselben gebe. Der eigentliche Urheber der Äußerung im letzteren Falle[5]), der Geschäftsherr, aber gebrauche die Mittelsperson hier nur als Werkzeug seines Äußerungswillens, gerade so wie er seinen Mund gebrauche."

Nach Endemann[6]) darf nur der als Vertreter gelten, der selbstbestimmend die Entscheidung trifft, ob das Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, oder der maßgebend über einen rechtserheblichen Punkt des Geschäftsinhalts verfügt, während der Bote nur den Willensentschluß des Herrn kundgibt und seine Person für die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht in Betracht kommt.

---

1) S. 464.

2) I, S. 451.

3) S. 283.

4) S. 230.

5) S. 225.

6) S. 393/399.

Kohler[1]) weist darauf hin, daß der Vertreter die Rechtshandlung selbst vollziehe und zwar vollständig, der Bote aber nicht selbst handele, sondern bloß die Äußerung des handelnden Geschäftsherrn an einen Dritten übertrage und nur als Willensäußerungsorgan wie ein Phonograph wirke.

Örtmann[2]) schließlich kennzeichnet den Boten im Gegensatz zum Stellvertreter dahin, daß bei ersterem von einem eigenen, wennschon im Namen und im Interesse des Geschäftsherrn geäußerten Geschäftswillen keine Rede sei, und er an der Willensbildung garnicht beteiligt sei.

Allgemein wird also der Unterschied zwischen Stellvertreter und Boten dahin festgestellt, daß ersterer nach außen selbständig handelnd auftritt und allein den Willen bildet, durch den das Geschäft zustande kommt, wohingegen der Bote nur auf Betreiben eines anderen, nämlich des eigentlichen Geschäftsherrn, tätig wird, und zwar so, daß eine eigene Willensbildung bezüglich des abzuschließenden Geschäfts bei ihm nicht erfolgt, er vielmehr lediglich den von dem Geschäftsherrn selbst gebildeten Willen zu übermitteln hat, weshalb man schließlich den Boten auch geradezu als ein mechanisches Instrument ansehen kann.

Es darf nun freilich nicht verkannt werden, daß, trotz der eben erläuterten begrifflichen Unterscheidung, im Einzelfall es mitunter recht zweifelhaft erscheinen wird, ob man den Dritten als Boten oder als Stellvertreter anzusehen hat, da der Dritte bald mehr oder weniger wesentliche Merkmale beider Mittelspersonen zum Teil aufweisen kann, so z. B., wenn dem Übermittler einer vom Geschäftsherrn gebildeten Willenserklärung daneben auch eine eigene Willensbetätigung in geringem Maße, etwa bezüglich der Auswahl des Gegenkontrahenten, überlassen bleibt.

Es würde uns indes zu weit führen, wenn wir versuchen würden, Grundsätze aufzustellen, die dann allgemein zur Regelung solcher Zweifelsfälle anzuwenden wären, ganz abgesehen davon, daß es sich wohl als unmöglich herausstellen dürfte, eine in jedem Fall passende Norm zu finden.

Es wird vielmehr auf die Eigenheiten des einzelnen Falles einzugehen und auf dieser Grundlage die Entscheidung zu treffen sein, ob Botschaft oder Stellvertretung vorliegt, da wegen der ganz verschieden gestalteten rechtlichen Folgen selbstverständlich auch dann die Unterscheidung durchgeführt werden muß.

[1]) I, S. 431; vgl. auch Titze, S. 241, Anm. 20.

[2]) I, S. 505.

Zweiter Abschnitt.

Die Streitfragen bezüglich der Botentätigkeit.

Im folgenden sollen nun zwecks einer möglichst genauen Erforschung der Rechtsstellung des Boten die wichtigsten Streitfragen, die sich gerade bezüglich des Boten ergeben haben, näher behandelt werden.

Auch hierbei wird man wieder zunächst, wie bei der Bestimmung des Botenbegriffes selbst, von der einzigen hierfür gegebenen Gesetzesvorschrift, nämlich dem § 120 des BGB., ausgehen müssen, in zweiter Linie aber dann nach dem Sinn jener Bestimmung und dem Zweck, den der Gesetzgeber mit ihr verfolgte, die Entscheidung zu treffen haben, da aus dem kurzen Wortlaut des genannten § 120 allein sich nicht immer mit der nötigen Klarheit das richtige feststellen lassen wird.

§ 4.

Ist zwischen dem „erklärenden" und „erklärungstragenden" Boten zu unterscheiden?

Von manchen Schriftstellern (z. B. Schliemann, Endemann, Regelsberger) ist schon vor dem Inkrafttreten des BGB. zunächst die Frage aufgeworfen worden, ob man nicht bezüglich der zur Übermittelung der Willenserklärung verwendeten Mittelsperson zwischen dem sogenannten „erklärenden" und dem „erklärungstragenden" Boten eine Unterscheidung zu treffen habe. Unter dem ersteren verstand man den Boten, der die Erklärung mündlich ausrichtete, („Spruchbote"), während erklärungstragender Bote der genannt wurde, der eine in schriftlicher Form festgelegte Willenserklärung überbrachte und in diesem Sinne auch kurz als „Briefträger" bezeichnet wurde.

Den Grund zu dieser Unterscheidung will Schliemann[1]) darin erblicken, daß nur bei dem Briefträger, der eine genau fixierte Erklärung zu übermitteln hätte, lediglich dem Absender die ganze Willenserklärung als solche zugeschrieben werden könnte,

1) S. 3 u. 4.

wohingegen bei dem Boten, der mündlich die Willenserklärung übermitteln solle, nicht schon der Bote die Erklärung des Mandanten mitteile, diese vielmehr selbst erst zu beschaffen habe, indem er sie ausspreche, weshalb er insoweit als ein freier Vertreter anzusehen sei.

Nach Endemann[1]) und Regelsberger[2]) ist der Briefträger lediglich Transport-, der Spruchbote aber Erklärungswerkzeug.

Wenn die beiden letzterwähnten Schriftsteller also auch nicht soweit gehen wie Schliemann, der den Spruchboten geradehin als Vertreter anzusehen scheint, so nehmen doch auch sie hinsichtlich der Art der beiderseitigen Werkzeugstätigkeit einen Unterschied an, wenn sie auch nicht näher ausführen, ob und wie jener Unterschied praktische Bedeutung erlangen könnte.

Die Bestrebungen, den erwähnten Unterschied zwischen jenen beiden Arten des Boten zu machen, werden dadurch begünstigt, daß in der Tat bei flüchtiger Betrachtung ein solcher Unterschied insofern gegeben zu sein scheint, als die in schriftlicher Form erfolgte Übermittelung durch den „Briefträger" eine größere Gewähr für deren Richtigkeit zu bieten scheint, als es bei der mündlich durch den Spruchboten erfolgten Übermittelung der Fall ist.

Mit Recht weist indes Aßmann[3]) nach, daß das keineswegs zutrifft. Gleichwie es vorkommen könne,

> „daß der erklärende Bote aus Arglist die Erklärung unrichtig übermittele oder ganz unterlasse, so könne ebensogut auch der „Briefträger" das zur Übermittelung erhaltene Schriftstück fälschen bezw. unterschlagen. Wie ferner stets damit gerechnet werden müsse, daß der „Spruchbote" aus Fahrlässigkeit die Erklärung falsch übermittele, so könne dies ebenso beim erklärungstragenden Boten vorkommen, wenn er z. B. aus dem schlecht verschlossenen Kuvert einen Zettel mit einem wichtigen Nachtrag verliere, wodurch die Mitteilung einen ganz anderen Charakter erhalte."

Aus der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit einer unrichtigen Übermittelung läßt sich also die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen „Spruchboten" und „Briefträger" keineswegs begründen.

---

[1]) Handelsrecht, II, 397.

[2]) S. 397.

[3]) S. 73.

Im übrigen ist auch noch zu erwägen, daß die Tätigkeit des Spruchboten mit der des Briefträgers eng verknüpft sein kann und umgekehrt. Man denke an den Fall, daß dem Boten, dem mündlich eine Erklärung zur Übermittelung aufgetragen wird, daneben noch diese ganz oder auch nur ihrem wichtigsten Inhalt nach in schriftlicher Form mitgegeben wird, um bei der Ausrichtung des Auftrages zur Unterstützung des Gedächtnisses zu dienen. Umgekehrt wird es auch oft vorkommen, daß man einem Boten die Erklärung der Hauptsache nach in schriftlicher Form übergibt, daneben ihm aber noch mündlich die Übermittelung einer Erklärung von untergeordneter Bedeutung aufgibt.

Ein ganz vorzügliches Beispiel hierfür führt Aßmann an, indem er auf den bekannten Fall aus der griechischen Geschichte hinweist, wo Histiäus zwecks möglichst sicherer Übermittelung einer wichtigen Nachricht einen Sklaven als Boten in der Weise benutzte, daß er ihm die Mitteilung auf den geschorenen Kopf einritzte und ihn dann, nachdem die Haare wieder gewachsen waren, mit der mündlich dem Empfänger zu erklärenden Botschaft entsandte, er möchte ihm die Haare scheren und dann den Kopf betrachten. Die Anhänger der oben erwähnten Unterscheidungstheorie müssen hier in arge Verlegenheit geraten, da jener Sklave ebensogut als Spruchbote wie als Briefträger anzusehen ist.

Was nun die jetzt für uns in Frage kommende Gesetzesbestimmung (§ 120 BGB) selbst anbelangt, so geht aus deren Fassung ganz klar hervor, daß keineswegs eine Unterscheidung der erwähnten Art beabsichtigt ist. Das Gesetz spricht ganz allgemein nur von „der zur Übermittelung verwendeten Mittelsperson“, ohne sich über die Art und Weise der Verwendung irgendwie zu äußern. Es ist also als feststehend anzunehmen, daß sowohl die Tätigkeit des Briefträgers als auch die des Spruchboten durch jene Vorschrift gemeinsam getroffen werden sollen.

In der Tat herrscht in der neueren Literatur über diese Frage auch fast völlige Einmütigkeit. Eine abweichende Stellung scheint allein Josef[1]) einzunehmen, für den die Begriffsbestimmung des Boten als „bloßes Organ, nicht anders wie die Zunge des Geschäftsherrn“ nur insoweit annehmbar ist, als der Bote Überbringer einer schriftlichen Erklärung ist. „Während der Überbringer einer schriftlichen Erklärung“, so fährt er fort, „in der Tat, (wie

---

1) S. 404.

ein Postbote) die Erklärung des Geschäftsherrn überbringt, schafft doch der Überbringer der mündlichen Erklärung in jedem Fall die Erklärung, er gibt also seine Erklärung ab, er ist Erzeuger der von ihm abgegebenen Erklärung."

Josef steht also noch ganz auf dem oben näher besprochenen Standpunkt Schliemanns. Es kann indes keinem Zweifel unterliegen, daß sich nach dem heute geltenden Recht eine solche Unterscheidung zwischen der Tätigkeit des „Briefträgers" und des „Spruchboten" in keiner Weise mehr rechtfertigen läßt.

§ 5.

Kann dem Boten ein Einfluß auf die zu übermittelnde Willenserklärung eingeräumt sein?

Für viele Schriftsteller, die ganz richtig den Unterschied zwischen der Tätigkeit des Boten und der des Stellvertreters in der oben angegebenen Weise erkannt und festgelegt haben, ist die Beantwortung obiger Streitfrage eine gefährliche Klippe geworden, bei der sie mehr oder weniger mit ihren gewonnenen Ergebnissen gescheitert sind.

Denn die Entscheidung der Frage, ob dem Boten als solchem ein Einfluß hinsichtlich der zu übermittelnden Willenserklärung zustehen könne oder nicht, spielt in das Grenzgebiet zwischen der Tätigkeit des Boten und anderseits des Stellvertreters hinein und ist wegen der sich daraus ergebenden grundverschiedenen Rechtsfolgen mit großer Vorsicht zu behandeln.

Am Anfang ist vor allem vor dem Fehler zu warnen, allzuviel Gewicht gerade auf den Umstand zu legen, daß hinsichtlich des der Mittelsperson gewährten Einflusses es sich in der Regel nur um einen solchen ganz geringfügiger Art handeln wird. Es kann als sicher angenommen werden, daß gar viele sich zu einer sofortigen Bejahung unserer Frage von dem Gesichtspunkt aus haben verleiten lassen, daß erfahrungsgemäß ein Bote gerade beim Abschluß von Verträgen von nur geringerer Bedeutung Verwendung findet, und daß daran auch durch einen ihm dabei in geringem Maße selbst zustehenden Einfluß auf die betreffende Willenserklärung nichts geändert werde. Die von den genannten Schriftstellern angeführten Beispiele, auf die im folgenden noch

des näheren eingegangen werden wird, scheinen mir für die Richtigkeit der eben aufgestellten Behauptung zu sprechen.

Ein Einfluß hinsichtlich der zu übermittelnden Willenserklärung kann der Mittelsperson in dreifacher Richtung eingeräumt sein.

Sie kann zunächst einmal befugt sein, der zu übermittelnden Willenserklärung einen bestimmteren Inhalt zu geben, etwa dergestalt, daß sie den ungenauen Auftrag des Geschäftsherrn selbständig ergänzt, oder aber dadurch, daß sie sich hinsichtlich mehrerer ihr wahlweise erteilten Aufträge für den einen oder den anderen entscheidet.

Des weiteren kann sie befugt sein, eigenmächtig die Person des Gegenkontrahenten zu bestimmen, und schließlich kann es ihr auch von dem Herrn überhaupt anheimgestellt sein, die Erklärung zu übermitteln oder aber dies gänzlich zu unterlassen.

In allen den genannten Fällen erhebt sich die Frage, ob die hierbei verwendete Mittelsperson noch als Bote anzusehen ist oder aber bereits unter den Begriff des Stellvertreters fällt.

Nach den von uns auf Grund der in Frage kommenden gesetzlichen Vorschriften getroffenen Begriffsbestimmung ist als „Bote" derjenige anzusehen, der lediglich wie ein gedankenloses Werkzeug der Übermittelung der von dem Geschäftsherrn allein gebildeten Willenserklärung an einen Dritten dienen soll, wohingegen bei Verwendung eines „Stellvertreters" dieser selbst die Willenserklärung bildet und auch nach außen hin selbständig handelnd auftritt.

Für den uns jetzt beschäftigenden Fall, der, wie schon erwähnt wurde, zweifellos im Grenzgebiet zwischen Bote und Stellvertreter liegt, läßt sich aus dem Gesetze selbst eine Regelung nicht feststellen. Indes finden wir in den Materialien zum Gesetzbuch einen wertvollen Anhalt. So heißt es in den Motiven[1]):

> „Wie weit der Begriff der Übermittelung reicht, ob der Bote auch dann Bote bleibt, wenn ihm freigestellt ist, zwischen mehreren Willenskundgebungen des Erklärenden zu wählen oder wohl auch die Kundgebung zu unterlassen, mag unter Umständen zweifelhaft sein, eignet sich aber nicht zur Unterscheidung durch das Gesetz. Im allgemeinen aber wird festzuhalten sein, daß, soweit der Person, deren man sich bedient, eine Willenswahl offen

---

1) Bd. I, S. 223.

gelassen ist, die Grundsätze von der Stellvertretung Platz zu greifen haben."

In den Protokollen[1]) der zweiten Kommission finden wir den Spezialfall, daß der Mittelsperson die Entscheidung darüber gelassen ist, ob sie die ihr aufgetragene Willenserklärung ausrichten wolle oder nicht, dahin entschieden, daß Stellvertretung, nicht Botschaft, vorliege.

Die in der Wissenschaft vorhandenen Ansichten bezüglich unserer Frage sind geteilt.

Auf die Meinungen der älteren Schriftsteller hierüber brauchen wir, da sie garnicht den heutigen Botenbegriff kennen, nicht näher einzugehen.

Von den neueren Autoren, die dem Boten eine Wahlbefugnis ohne weiteres zusprechen, sei zunächst erwähnt Planck[2]), nach dem der Bote nicht dadurch aufhört, Bote zu sein, daß ihm von dem Geschäftsherrn die Wahl überlassen sei, welche von mehreren Erklärungen er überbringen wolle. Nach Leonhard[3]) soll „eine Willenswahl auch beim Nichtvertreter möglich sein". Auch Kohler[4]) spricht sich dahin aus, daß dem Boten wahlweise verschiedene Erklärungen zur Übermittelung anvertraut werden könnten. Daß Cosack[5]) bei der Botschaft die Möglichkeit einer Willenswahl zugibt, ist nur eine Folgerung aus der von ihm vertretenen Ansicht, daß eine scharfe Unterscheidung zwischen Boten und Stellvertreter garnicht möglich sei, die beiden Begriffe vielmehr ineinander übergingen. Schließlich wäre noch Josef[6]) zu nennen, der dem Boten eine Wahlbefugnis nach jeder der oben erwähnten Richtungen hin einräumt.

Als die hauptsächlichen Vertreter der gegenteiligen Ansicht, daß der Botenbegriff keineswegs irgendwelchen Einfluß der Mittelsperson auf die zu übermittelnde Erklärung zulasse, seien Fleck und Staudinger genannt. Fleck[7]) führt aus:

„Nur dann, wenn man unverbrüchlich daran festhält, daß der Bote lediglich die Rolle eines Instruments spielt, ist es möglich, die so wichtige Grenze zwischen der Botschaft

[1]) S. 291.

[2]) I, S. 284.

[3]) Allg. Teil, S. 296.

[4]) I, 431.

[5]) I. S. 231.

[6]) S. 405.

[7]) S. 348.

und der Stellvertretung genau zu fixieren. Erweitert man den Begriff des Boten über diesen Punkt hinaus, gestattet man ihm nur im geringsten, an der Bildung des Geschäftswillens teilzunehmen, so unterscheidet er sich in nichts von einem Stellvertreter mit höchst spezialisierter Vollmacht. Bei konsequenter Verfolgung des einmal eingeschlagenen Irrweges führt die kleinste Konzession in dieser Richtung zur Leugnung jeglicher Differenz."

Entsprechend dem von ihm aufgestellten Grundsatze entscheidet sich Fleck[1]) dahin, „daß, sobald die Mittelsperson zwischen mehreren Sorten zu wählen habe, dann immer Stellvertretung — nicht Botschaft — vorliege. Ebenso werde man auch dann, wenn der Mittelsperson die Wahl des Gegenkontrahenten überlassen sei[2]), sich präsumtiv für das Vorhandensein eines Stellvertretungsverhältnisses zu erklären haben."

Staudinger[3]) tritt scharf für die Trennung der Tätigkeit des Boten von der des Stellvertreters ein und weist sehr treffend darauf hin, daß die im Einzelfall manchmal entstehende Unklarheit bezüglich der Unterscheidung keineswegs rechtlicher, vielmehr nur tatsächlicher Natur sei, begründet in der Unklarheit der Instruktion.

Diese allgemeine Behauptung indes bietet noch keinen Anhalt dafür, wovon nun im einzelnen die Entscheidung unserer Frage abhängen soll. Alle die angeführten Ansichten erscheinen zu einer durchgreifenden Regelung der Streitfrage ungeeignet, da sie entweder nur die Entscheidung des einen oder anderen Spezialfalles enthalten, oder aber zu allgemein die Möglichkeit des Einflusses des Boten auf die zu übermittelnde Willenserklärung vonvornherein teils zugeben, teils ablehnen. Die richtige Entscheidung wird indes in der Mitte zwischen den beiden letztgenannten Ansichten zu suchen sein.

Schon Maier, der gleichfalls dem Boten an sich jeglichen Einfluß auf die zu übermittelnde Willenserklärung versagt, war es aufgefallen, daß eine genaue Durchführung dieser Meinung nicht angebracht erschien, insofern Fälle denkbar waren, wo die Mittelsperson nur in so unbedeutender Weise selbstbestimmend auftrat, daß sie nicht schon deshalb ihre Botenqualität verlieren konnte. Er suchte sich hier mit dem Hinweise zu helfen, daß viel-

1) S. 387.

2) S. 388.

3) I. S. 464.

sach nur scheinbar die Willenserklärung des Herrn unbestimmt sei, und deshalb der Bote auch nur scheinbar einen Einfluß auf die Erklärung ausübe, wenn nämlich der Wille des Herrn durch „billiges Ermessen“ zu bestimmen sei. Dann sei nicht der Wille des Boten, sondern lediglich der des Prinzipals entscheidend, da durch die Verpflichtung des Boten, dann „nach billigem Ermessen“ zu handeln, dessen eigene freie Willensbestimmung ausgeschlossen erscheinen müsse.

Jüngling[1]) will jene Ausführungen Maiers von der Bedeutung des „billigen Ermessens“ zur Korrektur seiner eigenen strengen Ansicht, daß der Bote überhaupt keinen Einfluß auf die Bildung des rechtsgeschäftlichen Willens ausüben dürfe, beibehalten.

Indes ist der Versuch, durch die Einführung des Begriffs des „billigen Ermessens“ den Botenbegriff selbst zu erweitern, als gänzlich verfehlt anzusehen. Denn das „billige Ermessen“ ist, wie Sperber[2]) sehr richtig bemerkt, „doch kein objektiver, fester Maßstab, der nur angelegt zu werden braucht, um im konkreten Falle ein Bestimmtes als das allein richtige zu ergeben, das man dann als Erklärung des Absenders auffassen kann.“

Ganz im Gegenteil wird gerade dann, wenn auf dem „billigen Ermessen“ der Mittelsperson die Entscheidung beruhen soll, dem Willen des Boten ein derart weiter Spielraum eingeräumt, daß man ihn dann unmöglich noch als ein lediglich der Übermittelung dienendes Werkzeug bezeichnen könnte, und die Grenze zwischen ihm und dem Stellvertreter völlig verwischt wäre. Denn unter den Begriff des „billigen Ermessens“ könnte schließlich jede Einwirkung der Mittelsperson gebracht werden, die nicht gerade mit der allgemeinen Verkehrsanschauung in Widerspruch stehen würde. Im entsprechenden Maße würde dann aber der doch allein maßgebende Wille des Geschäftsherrn selbst an Bedeutung verlieren.

Man wird vielmehr nur insoweit, — und nun kommen wir zu der einzig möglichen Lösung der uns beschäftigenden Streitfrage — dem Boten als solchem einen dann freilich nur noch rein äußerlichen Einfluß auf die zu übermittelnde Willenserklärung zusprechen können, als aus den jeweiligen Umständen sich folgern läßt, daß ihm lediglich eine Ergänzung des im übrigen genau geäußerten Willens seines Herrn in der einen oder anderen Richtung

---

[1]) S. 25.
[2]) S. 29.

überlassen sein soll, die nur als sozusagen selbstverständlich nicht schon von dem Herrn selbst besonders erwähnt wurde.

Nehmen wir den Fall, daß der Prinzipal nicht selbst den Gegenkontrahenten, an den seine Willenserklärung durch den Boten übermittelt werden soll, namhaft gemacht hat, so kann nur dann die Mittelsperson noch in ihrer Eigenschaft als Bote handelnd angesehen werden, wenn darüber kein Zweifel bestehen kann, wen der Herr als Gegenkontrahenten vor Augen gehabt hat. Das wird z. B. stets dann sich von selbst verstehen, wenn etwa an dem betreffenden Orte nur eine einzige Person überhaupt für den Abschluß des Vertrages in Frage kommen kann, oder wenn der Geschäftsherr gerade ausschließlich mit nur einer bestimmten Person im Geschäftsverkehr steht. Soll es dagegen der Mittelsperson freistehen, den Gegenkontrahenten nach eigenem Ermessen zu wählen, so wird Stellvertretung vorliegen.

Erteilt ferner der Herr der Mittelsperson etwa ganz allgemein den Auftrag: „von jener Sorte wieder soviel wie gewöhnlich mitzubringen,“ so wird man auch hier, obwohl die Willenserklärung für sich betrachtet, ihrem Inhalt nach ganz unbestimmt erscheinen und erst durch die Mittelsperson dem Gegenkontrahenten genauer erklärt werden muß, Botschaft anzunehmen haben, da es die Mittelsperson hier nicht in der Hand hat, ihren eigenen Willen zum Ausdruck zu bringen, vielmehr durch den früher des näheren geäußerten Willen des Geschäftsherrn noch gebunden ist.

Überläßt dagegen der Herr der Mittelsperson die Wahl zwischen zwei oder mehreren von ihm selbst herrührenden Erklärungen, (hier wäre das berühmt gewordene Beispiel Staudingers anzuführen, von der Mittelsperson, die für 10 oder 20 Pfennige Hustenbonbons besorgen soll), so steht zweifellos fest, daß hierbei der freie Wille der Mittelsperson die Entscheidung trifft, diese mithin als Stellvertreter angesehen werden muß.

Das gleiche ist auch dann anzunehmen, wenn der Herr es dem Ermessen der Mittelsperson anheimstellt, ob sie die Erklärung übermitteln wolle oder nicht. Auch hier steht das ausschließlich im Belieben der deshalb sicher als Stellvertreter anzusehenden Mittelsperson. Man darf hierbei nicht den Fehler begehen, allzuviel Wert auf die vermeintliche Gleichgültigkeit des Herrn zu legen, und etwa daraus schließen zu wollen, daß die Entscheidung der Mittelsperson hier in jedem Falle ja seinem Willen entsprechen wird. Wo wäre dann aber die Grenze gegenüber dem Stell-

vertreter zu ziehen, falls selbst dann, wenn durch die Gleichgültigkeit des Geschäftsherrn der Mittelsperson ein ganz wesentlicher Einfluß auf das Geschäft eingeräumt wäre, diese noch als Bote anzusehen wäre?

Diese beiden letzterwähnten Fälle unterscheiden sich von den zuerst besprochenen dadurch, daß bei jenen nur eine Willenserklärung des Herrn vorhanden war, die nur in gewisser Hinsicht noch einer Ergänzung bedurfte, die, wie gezeigt, durch die Mittelsperson leicht aus den Umständen zu beschaffen war, wohingegen hier ein nach zwei oder mehreren Seiten gerichteter Wille des Prinzipals vorliegt, und lediglich die persönliche Meinung der Mittelsperson dadurch ausschlaggebend wird, daß sie von mehreren als solchen zur Übermittelung natürlich nicht geeigneten Erklärungen sich nach freier Wahl für die eine von ihnen entscheidet uud diese dann übermittelt.

Bezüglich des Beispiels für die der Mittelsperson eingeräumte Wahlbefugnis zwischen mehreren Erklärungen sei noch darauf hingewiesen, daß hierbei darauf zu achten sein wird, ob die mehreren Erklärungen als gleichberechtigt nebeneinander stehend gedacht sind, (wie oben angenommen wurde), oder aber, ob sie der Mittelsperson zur Übermittelung hintereinander aufgetragen sind. Wenn der Auftrag zur Besorgung jener Hustenbonbons gelautet hätte: „Hole mir für 10 Pfennige davon, Du kannst aber auch eventuell für 20 Pfennige solche besorgen", wenn nämlich zu dem geringeren Betrage solche noch nicht erhältlich sind, so würde die Tätigkeit der Mittelsperson hier, im Gegensatz zu der Entscheidung des obigen Falles, zweifellos als Botschaft anzusehen sein, da ihr ganz genau vorgeschrieben ist, wie sie die beiden zu übermittelnden Erklärungen voneinander zu trennen hat.

Ebenso wäre auch der von Voswinkel[1]) angeführte Fall zu entscheiden, wo einer Mittelsperson aufgetragen wird, eine Flasche „Henckel" oder „Kupferberg Gold" zu besorgen. Ist der Auftrag so gemeint, daß in erster Linie eine Flasche „Henckel" gekauft werden solle, und erst im Falle deren Nichtvorhandenseins eine solche „Kupferberg Gold", so liegt zweifellos Botschaft vor. Soll es dagegen dem Belieben des Dritten überlassen sein, was er für eine Marke besorgen will, so wäre Stellvertretung anzunehmen.

Die Streitfrage, ob man dem Boten einen gewissen Einfluß

---

1) S. 15.

auf die zu übermittelnde Willenserklärung einräumen darf, kann also unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falls sehr wohl in billiger Weise gelöst werden, ohne daß man genötigt ist, an den früher festgelegten Begriffen des Boten und des Stellvertreters irgendwie Abänderungen vorzunehmen.

§ 6.

Die Stellung des sog. „Empfangsboten".

Der Regelfall der Tätigkeit eines Boten ist der, daß er vom Herrn zur Übermittelung einer Willenserklärung an einen anderen (den Empfänger) verwendet wird. Er kann aber auch von seinem Herrn des weiteren beauftragt sein, die Antwort des Empfängers an den Herrn aufzunehmen, um sie diesem zu überbringen, oder er kann auch geradezu befugt sein, schon mit verbindlicher Wirkung für den Herrn die Erklärung des Empfängers entgegenzunehmen. Eine solche Mittelsperson pflegt von der Wissenschaft allgemein als „Empfangsbote" bezeichnet zu werden, wenn auch Streit darüber herrscht, ob eine derartige Verwendung überhaupt noch unter den Botenbegriff fällt, bezw. als wessen Bote dann die Mittelsperson anzusehen ist.

Der überwiegende Teil der sich mit dieser Frage beschäftigenden Schriftsteller hat sich dafür entschieden, daß sehr wohl ein Bote nicht nur wie ein Sprachrohr zur Übermittelung, sondern ebensogut gewissermaßen als Hörrohr zur Empfangnahme einer Willenserklärung Verwendung finden könne, in dieser Eigenschaft dann aber noch immer als von dem ursprünglichen Absender verwendeter Bote zu gelten habe.

Wir finden diese Meinung vertreten z. B. bei Staudinger[1]), nach dem „lediglich mechanische Hilfstätigkeit nicht nur bei der Abgabe, sondern analog auch beim Empfang von Willenserklärungen vorkommen kann". Auf diesem Standpunkt stehen ferner Kohler[2]), Crome[3]), Rehbein[4]), Monich[5]), Marcus[6]) und Titze[7]).

---

1) I., S. 464.
2) I., S. 431.
3) I., S. 452.
4) I., S. 251.
5) S. 83.
6) S. 45.
7) S. 288 f.

Als ein Beispiel für den Fall des Empfangsboten wird gewöhnlich folgendes angeführt: Der A bietet dem B zwei Ochsen zum Kaufe an, und zwar durch seinen Knecht, der außerdem noch den Auftrag erhalten hat, gleich auf Antwort zu warten. Bezüglich der Antwort wird nun dieser als sog. Empfangsbote angesehen.

Ein der Ansicht der genannten Schriftsteller ganz entgegengesetzter Standpunkt wird von Hellwig und Aßmann eingenommen. Ersterer[1]) betont scharf, daß ein Bote nur Werkzeug zur Übermittelung einer Erklärung, aber niemals zum Empfang einer solchen sein könne.

Zu Gunsten dieser seiner Ansicht spricht zweifellos der Wortlaut des § 120, wo lediglich von der zur Übermittelung einer Willenserklärung verwendeten Mittelsperson die Rede ist. Des weiteren wird man daraus, daß, wie allgemein anerkannt ist, das Anfechtungsrecht aus § 120 nur dem allein eingeräumt ist, der die Willenserklärung selbst gebildet und dann zur Übermittelung der Mittelsperson aufgetragen hat, den Schluß ziehen müssen, daß nur derjenige als jeweiliger Geschäftsherr des Boten anzusehen ist, von dem die diesem zur Übermittelung übertragene Erklärung herrührt. Wenn also der Empfänger dem vom ursprünglichen Absender an ihn mit einer Willenserklärung gesandten Boten nun seinerseits eine Erklärung an jenen zur Übermittelung aufträgt, so wird stets er bezüglich dieser der Herr sein und allein das Anfechtungsrecht aus § 120, aber ebensogut dann an sich auch die volle damit zusammenhängende Schadensersatzpflicht aus § 122 haben. Wir kommen also auch ganz und gar zu der von Hellwig vertretenen Ansicht, daß der sogenannte Empfangsbote keineswegs noch als ein Bote des ursprünglichen Absenders, vielmehr als ein solcher des in Wirklichkeit durch ihn Antwortenden anzusehen ist.

Diese Entscheidung entspricht auch durchaus der Billigkeit. Voswinkel[2]) sucht diese hier auch von uns vertretene Meinung damit zu bekämpfen, daß er behauptet, „in dem genannten Beispiele werde der Knecht von A zur Entgegennahme der Äußerung dem B geradezu aufgenötigt, und deshalb sei es unbillig, den B für eine etwaige Entstellung durch den fremden Knecht, dessen Zuverlässigkeit er garnicht kannte, haften zu lassen".

---

[1]) S. 357.

[2]) S. 49.

Demgegenüber aber ist zu bemerken, daß doch keineswegs der B gezwungen ist, jenen Knecht, der vielleicht auf ihn einen recht ungünstigen Eindruck gemacht hat, wirklich als Rückboten zu verwenden. Es steht vielmehr ganz in seinem Belieben, ob er diesen oder einen von seinen eigenen Leuten mit der Überbringung der Rückantwort betrauen will. Benutzt er aber den fremden Knecht dazu, so muß er für eine falsche Übermittelung durch diesen an sich genau so, wie bei einer solchen durch seinen eigenen, einstehen. Wenn Voswinkels Ansicht in vollem Umfange richtig wäre, so würde es sich stets empfehlen, wenn irgend möglich, den vom Absender gesandten Boten auch für die etwa nötige Rückantwort zu benutzen, da man so auf die denkbar einfachste Weise jegliche Haftung für eine etwaige unrichtige Übermittelung von sich abwälzen würde, selbst dann, wenn man aus reiner Bequemlichkeit den fremden statt des eigenen Boten benutzen würde.

Es ist zuzugeben, daß bei dem von uns vertretenen Standpunkt, beim Empfangsboten an sich stets den Antwortenden als den eigentlichen Urheber der Erklärung auf Schadensersatz haften zu lassen, sich Unbilligkeiten ergeben. Wenn auch nicht, wie Voswinkel meint, der Empfangsbote dem anderen geradezu aufgenötigt wird, da ihm ja immer noch die Wahl freisteht, ob er ihm die Erklärung anvertrauen will oder nicht, so wird doch der andere immerhin nur allzuleicht geneigt sein, von der gebotenen Gelegenheit Gebrauch zu machen. In dem Glauben, der Absender des Boten werde schon für die Wahl einer geeigneten Person Sorge getragen haben, wird er gerade dieser die Erklärung zur Übermittelung anvertrauen, umsomehr als ja nach der Sachlage diese auch von dem Absender zur Überbringung der Antwort bestimmt erscheint. Insofern hat der Absender also durch die Verwendung eines, wie sich herausstellte, ungeeigneten Boten zu dem dadurch entstandenen Schaden auch seinerseits mit Veranlassung gegeben.

Recht und billig wäre es deshalb, beim sogenannten Empfangsboten auch den ursprünglichen Absender an dem durch falsche Übermittelung der Rückantwort entstehenden Schaden teilnehmen zu lassen, für den an sich, wie gezeigt, nur der Antwortende aufzukommen hätte.

Die Schadensersatzregelung des § 122 ist nun, wie aus der Fassung der ihr zu Grunde liegenden §§ 119 und 120 hervorgeht, zweifellos auf dem bloßen Veranlassungs-, im Gegensatz zu dem

sonst im BGB. herrschenden Verschuldungsprinzip, aufgebaut. Mit Rücksicht darauf kann nun zwar an sich § 254, der bei konkurrierendem Verschulden des Geschädigten die Schadensersatzpflicht in einem für den sonst an sich zum Schadensersatz Verpflichteten günstigeren Sinne regelt, nicht zur Anwendung gelangen.

Mit Recht weist aber Meyer[1]) darauf hin, daß dann, wenn vom Gesetz die bloße Veranlassung anstatt des Verschuldens zur Begründung der Ersatzpflicht als genügend erachtet wird, zweifellos auch anstatt des konkurrierenden Verschuldens des Geschädigten schon die konkurrierende Veranlassung ausreichen muß, um jene günstigere Stellung des Anfechtenden und in erster Linie zum Ersatz Verpflichteten zu begründen. Meyer[2]) kommt somit bei sinngemäßer Anwendung des § 254 für die auf dem Veranlassungsprinzip beruhenden Schadensersatzpflichten, also auch für § 122, zu dem Ergebnis, „daß, wenn zu der Entstehung des Schadens der Beschädigte mit Veranlassung gegeben habe, die Verpflichtung zum Ersatz, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes, von den Umständen, insbesondere davon abhänge, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden sei."

In der Tat wäre es im höchsten Grade unbillig, wenn zwar einer auf Verschulden sich gründenden Schadensersatzpflicht gemäß § 254 B. G. B. ein konkurrierendes Verschulden des Beschädigten selbst zum gerechten Ausgleich gegenübergestellt werden könnte, anderseits aber es bei einer auf bloßer Veranlassung beruhenden Ersatzpflicht nicht auch zulässig sein sollte, dem von dem Geschädigten hierbei seinerseits mitverursachten Schaden in gleicher Weise Rechnung zu tragen. Wie käme im letzteren Falle der gesetzlich doch nur zum Ersatz des aus seinem eigenen Handeln erwachsenen Schadens Verpflichtete dazu, hierbei ohne irgendwelchen Ausgleich auch den von dem anderen verursachten Schaden auf seine Person zu übernehmen? Oder sollte wirklich dieser andere nur deshalb umsoviel besser gestellt sein, bloß weil § 254 B. G. B. nur von einer Verschuldensaufrechnung spricht?

Die analoge Anwendung von § 254 auf die bloße Veranlassung erscheint somit als dringende Notwendigkeit. Man wird dies auch umsomehr tun dürfen, als das sog. Veranlassungsprinzip keine direkte Regelung im Gesetz erfahren hat, sondern sich nur mittelbar aus der Fassung einzelner Bestimmungen ableiten läßt,

[1]) S. 89, Anm. 2.

[2]) a. a. O.

und demgemäß der Gesetzgeber auch garnicht daran denken konnte, bezüglich der Veranlassungsaufrechnung eine besondere gesetzliche Bestimmung zu treffen.

In ausführlicher Abhandlung befaßt sich Krückmann[1]) mit der uns hier beschäftigenden Frage, deren Ergebnis er dahin zusammenfaßt: „Wie der Verschuldenshaftung die Verschuldensaufrechnung nach § 254, so entspricht der Gefährdungshaftung die Gefährdungsaufrechnnng. Das eine ist so gut ein notwendiges Gegenstück wie das andere".

Im Gegensatz zu Meyer setzt Krückmann an Stelle der Veranlassung die „Gefährdung". Die beiden Begriffe „Veranlassungshaftung" und „Gefährdungshaftung" haben zwar praktisch genau die gleiche Bedeutung, da es bei beiden tatsächlich nur auf den entstandenen Schaden ankommt. Während aber bei der bloßen „Veranlassungsaufrechnung" jedes Handeln des Geschädigten zur Begründung der Aufrechnung geeignet ist, soweit es nur mit der Entstehung des Schadens zusammenhängt, (also auch ein Handeln, von dem nicht vorauszusehen war, daß es zu dem schädigenden Ergebnis beitragen konnte), wird bei der „Gefährdungsaufrechnung" das dabei vorliegende Handeln des Geschädigten gewissermaßen schon als für ihn „gefährlich" charakterisiert. Krückmann spricht denn auch in der Tat hierbei stets von einer „Selbstgefährdung". Es liegt auf der Hand, daß er mit dieser Forderung entschieden zu weit geht, und schon die bloße Veranlassung als Grundlage für die Aufrechnung in Frage kommen muß.

Wenn Krückmann[2]) weiterhin die zur Gefährdungsaufrechnung führende „Selbstgefährdung" ausdrücklich nach deliktsrechtlichen Grundsätzen, (also nach dem Grade des Verschuldens), beurteilt wissen will, so weicht er von seinem oben angeführten Leitsatz ab, da eben gerade der bloßen Gefährdungshaftung gegenüber die der Verschuldungshaftung eigentümlichen Erwägungen über die Schuldfrage nicht angebracht sind, vielmehr hier nur das persönliche Verhalten des Geschädigten als solches bei der Aufrechnung ausschlaggebend sein kann. Demgegenüber weist Meyer[3]) mit Recht darauf hin, daß es nur darauf allein ankomme, daß in der Person des Verletzten eine Ursache für den Schaden eingetreten sei. Ist dies der Fall, dann hat stets hinsichtlich der Schadens-

[1]) Bd. 52. S. 466.

[2]) Bd. 52, S. 467.

[3]) S. 90, Anm. 2

verteilung die analoge Anwendung von § 254 stattzufinden; wo bei Zulassung und Umfang der Aufrechnung stets Sache des freien richterlichen Ermessens sein wird. Mit Rücksicht darauf, daß wir prinzipiell Krückmanns Auffassung von der deliktsrechtlichen Beurteilung der Gefährdung ablehnen, dürfte es sich erübrigen, auf die hierbei von ihm weiterhin[1]) im einzelnen getroffenen Unterscheidungen einzugehen.

Zu erwähnen wäre aber noch Hedemann, der in seiner Übersicht über „Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert" bezüglich der Lehre vom Schadensersatz darauf hinweist,[2]) wie mit Rücksicht auf die ständig wachsende Gefährdung des Verkehrs allmählich das Veranlassungsprinzip sich emporgerungen habe und dem früher allein herrschenden Verschuldensprinzip immer mehr Boden abgewinne. „Dementsprechend habe es schließlich nicht ausbleiben können,[3]) daß neben die Lehre von der culpa concurrens auch eine Lehre von der causa concurrens getreten sei, deren Entstehung begreiflicherweise aufs engste mit den Fortschritten des Causalprinzips zusammenhänge. Die in § 254 BGB. für die culpa concurrens zur Verwendung gelangte Formel sei in wörtlicher Anpassung auf die causa concurrens anzuwenden."

Wenn wir nun das aus vorstehenden Erörterungen gewonnene Ergebnis auf die uns hier beschäftigende Frage des Empfangsboten anwenden, so werden wir auch in diesem Falle zu einer befriedigenden Lösung kommen. Zwar ist daran festzuhalten, daß, wie oben gezeigt wurde, der Empfangsbote stets als der Bote des durch ihn Antwortenden anzusehen ist, und somit nur dieser bei unrichtiger Übermittelung das Anfechtungsrecht, aber auch die damit verbundene Schadensersatzpflicht hat. Andererseits aber wird dem Umstande, daß der ursprüngliche Absender und Herr des Boten durch die von ihm getroffene Verwendung eines so unzuverlässigen Menschen auch seinerseits an der Entstehung des Schadens beteiligt ist, insofern Rechnung zu tragen sein, als der Schaden selbst nicht, wie sonst, dem Anfechtenden allein aufgebürdet wird, sondern unter sinngemäßer Anwendung von § 254 BGB. auf beide Teile, der Billigkeit entsprechend, zu verteilen ist. Hierbei aber müssen die näheren Umstände des einzelnen Falles gebührend berücksichtigt werden.

---

[1]) Bd. 55, S. 156ff., bes. S. 177.

[2]) S. 83ff.

[3]) S. 105.

Unter einer Voraussetzung indes müssen wir aber von der oben von uns aufgestellten Ansicht, daß der sog. „Empfangsbote“ in Wirklichkeit als ein vom Antwortenden selbst, nicht aber noch vom ursprünglichen Absender verwendeter Bote anzusehen sei, abgehen. Liegt nämlich die Sache so, daß der Empfangsbote berechtigt sein soll, die Antwort des anderen Teils mit der Maßgabe entgegenzunehmen, daß schon mit der Mitteilung an ihn der Vertrag selbst geschlossen sein soll, ohne daß es einer weiteren Mitteilung der Willenserklärung durch ihn an seinen Herrn bedarf, so ist er dann überhaupt nicht mehr als ein Bote, vielmehr als Stellvertreter seines Herrn anzusehen.

Denn eine soweit gehende Mitwirkung bei dem Zustandekommen des Geschäftes selbst, wie sie die Befugnis zur Entgegennahme der nach dem Willen des Prinzipals den Vertragsabschluß selbst bereits bewirkenden Erklärung des Gegenkontrahenten mit sich bringt, kann man keineswegs noch einer nur als Werkzeug anzusehenden Mittelsperson, wie dem Boten, vielmehr nur einem dazu eigens bevollmächtigten Stellvertreter zugestehen.

An dem oben angeführten Beispiel läßt sich, im Anschluß an die vorstehende Erörterung, leicht zeigen, wann die verwendete Mittelsperson („Empfangsbote“) als Rückbote des Empfängers und wann als Stellvertreter des Absenders anzusehen sein wird. Hatte nämlich A dem Knechte gesagt, „Du kannst ja gleich auf Antwort warten,“ lediglich in dem Gedanken: „Vielleicht hat B gerade keinen Boten zur Verfügung, und es wird ihm lieb sein, wenn er mir dann bald durch meinen Boten Antwort schicken kann,“ so wird die hier verwendete Mittelsperson jedenfalls als Bote, und zwar des Empfängers B an A, anzusehen sein. Hat indes A dem Knecht den Auftrag gegeben, „Du bringst mir auf jeden Fall die Antwort mit und gibst auch dem B zu verstehen, daß sofort Gewißheit darüber bestehen soll, ob das Geschäft abgeschlossen ist oder nicht,“ dann ist die verwendete Mittelsperson nicht Bote, sondern Stellvertreter des A. Das ergibt sich ganz deutlich daraus, daß ja eine Übermittelung des Knechts an den A zum Zustandekommen des Vertrages garnicht mehr nötig ist, da das Geschäft in diesem Falle zweifellos schon mit der an den Knecht seitens des B abgegebenen Erklärung perfekt geworden ist. Denn es entspricht offenbar dem Willen des A, daß diese Wirkung schon mit der von B an den Knecht mit gleichzeitig verbindlicher Kraft für ihn (A) selbst abgegebenen Erklärung eintreten sollte.

Auch Aßmann[1]) kommt auf Grund einer von der unseren ganz verschiedenen Begründung zu dem gleichen Ergebnis:

> „Der Adressat kann sich nicht einen Boten als Erklärungsempfänger bestellen; entweder ist er Bote des wirklichen Absenders (Erklärers) oder Stellvertreter des Prinzipals."

§ 7.

Kann ein Bote zur Übermittelung aller Willenserklärungen Verwendung finden?

Nach Mitteis[2]) soll die Tätigkeit des Boten nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften in Betracht kommen. Für das heutige Recht läßt sich indes eine derartige Beschränkung keineswegs rechtfertigen.

Wenn es auch an einer näheren gesetzlichen Bestimmung darüber fehlt, worin die Tätigkeit des Boten zu erblicken ist, so kann man doch aus dem Wortlaut des § 120, der ganz allgemein von der durch die Mittelsperson unrichtig übermittelten Willenserklärung spricht, schließen, daß unter „Willenserklärung" jede rechtlich erhebliche Äußerung des Willens zu verstehen ist, mag es sich dabei um ein einseitiges oder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (Vertrag) handeln. Ein Bote kann also nicht nur zum Angebot eines Vertragsschlusses oder zur Überbringung der Annahmeerklärung auf eine gemachte Offerte verwendet werden. Ebensogut kann er vielmehr auch damit betraut werden, mündlich eine Kündigung auszurichten. Auch dann ist er als Bote im Sinne von § 120 anzusehen; ein gleiches gilt, wenn bei einer Auslobung der Geschäftsherr deren Inhalt durch einen Ausrufer öffentlich bekannt machen läßt, für die damit beauftragte Mittelsperson.

Die Verwendung eines Boten wird hauptsächlich bei Rechtsgeschäften des Obligationen- und Sachenrechts vorkommen, soweit nicht etwa das Gesetz die persönliche Vornahme der Handlung durch den Geschäftsherrn vorschreibt.

Aus dem Sachenrecht sei hier noch kurz als Beispiel der Fall der Eigentumsübertragung besprochen. Bei beweglichen Sachen wird hierfür vom Gesetz Einigung und Übergabe verlangt. Handelt es sich nun darum, daß eine Mittelsperson nicht nur die zur

---

1) S. 72.

2) S. 135.

Einigung erforderliche Erklärung dem anderen Teile übermitteln, sondern auch die Sache selbst dabei übergeben soll, so kann diese Mittelsperson keineswegs mehr als Bote in unserem Sinne aufgefaßt werden, ihre Tätigkeit ist vielmehr als die eines Stellvertreters anzusehen. Als Bote kann die Mittelsperson ausschließlich nur zur Übermittelung einer Willenserklärung, nicht aber zur Übergabe der Sache selbst, verwendet werden. Denn nur in Bezug auf ersteres wird sie als reines Werkzeug ihres Herrn tätig, während sie hinsichtlich der Übergabe[1]) selbst den rechtsgeschäftlichen Akt vornehmen müßte, also selbsthandelnd auftreten würde. Ist die Sache aber bereits übergeben, und handelt es sich lediglich darum, die Einigungserklärung dem anderen Teile zukommen zu lassen, (§ 929 Satz 2 BGB.), so kann dazu sehr wohl ein Bote Verwendung finden, wenigstens soweit es sich um bewegliche Sachen handelt. Hingegen kann die zur Eigentumsübertragung bei Grundstücken erforderliche Auflassungserklärung nicht durch einen Boten dem anderen Teile übermittelt werden, da hier das Gesetz (§ 925 BGB) die gleichzeitige Anwesenheit der beiden Teile selbst vor dem Grundbuchamt erfordert.

Indes auch im nichtvermögensrechtlichen Verkehr kann ein Bote zur Übermittelung von rechtlich erheblichen Willenserklärungen jeglicher Art regelmäßig verwendet werden.

Aßmann[2]) führt hierfür verschiedene Beispiele an, so u. a., daß der Ehemann seine Zustimmung zu dem von seiner Frau geschlossenen Engagementsvertrage durch einen Boten erklären kann. Es erscheint recht und billig, in allen diesen Fällen die Verwendung eines Boten rückhaltlos zuzulassen, da es sich überall nur um eine ganz mechanische Übermittelungstätigkeit handelt, die stets genau so gut auch durch einen leblosen Brief hätte ersetzt werden können. Allerdings gilt auch hier wieder die gleiche Einschränkung wie oben bei den Geschäften des Obligationen- und Sachenrechts, daß die Verwendung eines Boten nur insoweit gestattet ist, als das Gesetz nicht das Handeln der Beteiligten selbst vorschreibt. So ist natürlich bei der Eheschließung (§ 1317 B. G. B.) die Verwendung eines Boten zur Abgabe der Erklärung ausgeschlossen.

Eine weitere hierher gehörige Frage ist die, ob ein Bote nur

---

[1]) Zwar ist es fraglich, ob die Übergabe stets rechtsgeschäftlichen Charakter hat. Doch glaubt Verfasser hier von einer näheren Auseinandersetzung absehen zu können, da eine solche sich für das vorliegende Beispiel erübrigen dürfte.

[2]) S. 94.

Willenserklärungen unter Abwesenden übermitteln kann, oder ob er auch zur Übermittelung solcher unter Anwesenden Verwendung finden kann.

Man wird zwar geneigt sein, in dem Boten ein Werkzeug zur Überwindung des äußeren Hindernisses der Entfernung zu sehen und Aßmann[1]) recht zu geben, nach dem „das ganze Boteninstitut darauf aufgebaut ist, für Abwesende, die ihre gegenseitigen Worte nicht hören können, die Möglichkeit einer Erklärung zu schaffen". Indes schon Aßmann muß weiterhin zugeben, daß der Begriff „abwesend" möglichst weit gefaßt werden muß, insofern ein Bote auch zwischen zwei in demselben großen Saale anwesenden Personen verwendet werden könnte, wobei diese, nach meiner Meinung, dann freilich nur in Bezug auf den gleichen Aufenthaltsort als anwesend, in Bezug auf sich selbst aber wohl jedenfalls als voneinander abwesend angesehen werden müssen. Welche Stellung aber will man gegenüber dem Falle einnehmen, daß jemand nur deshalb sich einer Mittelsperson zur Übermittelung seiner Erklärung an den ihm unmittelbar gegenüberstehenden Gegenkontrahenten bedient, damit der über kräftigere Stimmmittel als der Geschäftsherr verfügende Dritte die Worte dem schwerhörigen Gegner verständlicher mache? Hier liegt doch sicherlich keine Überwindung der Entfernung, sondern zweifellos eine Übermittelung unter Anwesenden vor. Meines Erachtens ist es ganz verfehlt, überhaupt in jener Weise einen Unterschied zu machen.

Es kann in rechtlicher Hinsicht ganz gleichgültig sein, ob ein Bote als solcher nur eine Willenserklärung unter Abwesenden oder auch eine solche unter Anwesenden übermitteln kann. Denn, ließe man auch in dem letzteren Falle ganz allgemein bei etwaiger unrichtiger Übermittelung die Anfechtung aus § 120 zu, so wäre doch eine Benachteiligung des anderen Teils durch die Gewährung jenes Rechtes gänzlich ausgeschlossen. Denn, gesetzt den Fall, der Geschäftsherr hätte es selbst mit angehört, wie seine Mittelsperson unrichtig die Erklärung übermittelte, ohne seinerseits dieselbe sofort richtig zu stellen, so würde er arglistig handeln, wenn er etwa späterhin, um nicht weiter an den Vertrag gebunden zu sein, unter Berufung auf die Tatsache der unrichtigen Übermittelung, von dem Anfechtungsrecht aus § 120 Gebrauch machen wollte. Mit Rücksicht auf die ihm zur Last fallende Arglist würde er mit

---

[1]) S. 92.

der Anfechtung keinen Erfolg haben. Damit ist aber auch das einzige Bedenken beseitigt, das gegen die Ausdehnung der Botentätigkeit auch auf die Übermittelung von Willenserklärungen unter Anwesenden vorgebracht werden könnte.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß ein Bote zur Übermittelung von Willenserklärungen aller Art verwendet werden kann, soweit nicht kraft besonderer Gesetzesvorschrift Ausnahmefälle vorgesehen sind.

§ 8.

Setzt die Tätigkeit des Boten Geschäftsfähigkeit voraus?

Kurz gestreift sei nunmehr die Frage, ob zur Tätigkeit des Boten Geschäftsfähigkeit erfordert wird oder nicht.

In früherer Zeit war diese Frage bestritten. So finden wir u. a. in der von Hachten'schen Dissertation[1]) die Behauptung aufgestellt:

> „nuntii constitui possut omnes, qui nec propter defectum aliquem impediuntur, nec lege prohibentur. Ob defectum impediuntur, qui rationis usu destituuntur, vel sibi commissa aliis nuntiare nequeunt, ut sint furiosi, mente capti, infantes et muti."

Alle diejenigen sollen also nach von Hachten nicht zur Verwendung als Boten geeignet sein, die durch einen Mangel oder gesetzliche Bestimmnng davon ausgeschlossen sind, wobei für den ersterwähnten Ausschlußgrund dann noch mehrere Beispiele angeführt werden.

Für das heutige Recht ergibt sich aber mit Sicherheit aus dem Begriff des Boten als eines lediglich zur Übermittelung einer genau festgelegten Erklärung verwendeten Werkzeugs, daß eine Geschäftsfähigkeit der Mittelsperson in rechtlichem Sinne hierbei nicht erfordert wird.

Denn es ist dem Boten ja nicht der geringste Einfluß, weder bezüglich der zu übermittelnden Willenserklärung selbst noch der Art und Weise der Übermittelung, eingeräumt, und andererseits findet sich auch nirgends eine besondere Vorschrift, etwa wie § 165 BGB., nach dem ein „Stellvertreter" zum mindesten beschränkte

---

[1]) Disputatio de Nuntio. Respondente Heino von Hachten. Hamburg 1660. In Lauterbachii Dissertationum Academicarum. Vol. III, S. 230.

Geschäftsfähigkeit besitzen muß. Vom rechtlichen Standpunkt aus ist also gegen die Verwendung eines unmündigen Kindes oder eines Geisteskranken im Sinne von § 104 BGB. als Boten nichts einzuwenden.

Man wird indes hierbei wohl die rein rechtliche und die tatsächliche Übermittelungsfähigkeit auseinanderzuhalten haben. Es ist als ganz selbstverständlich anzusehen, daß ein Bote, der eine mündliche Erklärung übermitteln soll, auch tatsächlich imstande sein muß, dieselbe in verständlicher Weise dem Empfänger auszurichten, und daß es ebenso einem mit einer schriftlichen Erklärung abgesandten Boten physisch wenigstens möglich sein muß, das Hindernis der Entfernung zu überwinden. Diese tatsächliche Übermittelungsfähigkeit aber ist lediglich durch Zweckmäßigkeitsgründe bedingt und hat in rechtlicher Hinsicht keinerlei Bedeutung. Der Hinweis auf diese Unterscheidung war hier hauptsächlich deshalb angebracht, um die falsche Ansicht von Hachtens verständlich zu machen, der in seiner oben angeführten Behauptung den Fehler begeht, die tatsächliche uud rechtliche Übermittelungsfähigkeit einander gleichzustellen, indem er als Beispiele für zum Botendienst ungeeignete Personen Geisteskranke und Kinder gleichzeitig mit Stummen nennt, wohingegen wir jetzt einen genauen Unterschied machen und nur noch den Stummen als „tatsächlich" verhinderten die natürliche, keineswegs aber die rechtliche Befähigung zum Botendienst absprechen.

Die ganze Literatur teilt heute einmütig den Standpunkt, daß ein nur rechtlich Geschäftsunfähiger sehr wohl als Bote Verwendung finden kann, wohingegen der Umstand, daß eine Person, der die tatsächliche Übermittelungsfähigkeit fehlt, nicht als Bote Verwendung finden könnte, als für die Entscheidung selbstverständlich garnicht erst weiter in Erwägung gezogen wird.

§ 9.

Ist ein Bote ohne Auftrag denkbar?

Wie sich aus dem Wortlaut des § 120 ergibt, kann nur diejenige Willenserklärung durch den Absender angefochten werden, welche durch die zur Übermittelung verwendete Person („Bote") unrichtig übermittelt worden ist. Zum „Boten" wird die Mittelsperson also erst dadurch, daß sie zur Übermittelung der Willenserklärung verwendet worden ist, d. h. mit anderen Worten, einen

genau bestimmten Auftrag seitens des Geschäftsherrn erhalten hat. Darauf beruht ja gerade, wie wir bereits oben festgestellt haben, der Unterschied zwischen der Tätigkeit des Boten und der des Stellvertreters, insofern eben der Bote nur auf Veranlassung des anderen als dessen Werkzeug zur Übermittelung der von jenem schon genau festgelegten Erklärung tätig wird, wohingegen der Stellvertreter, wenn auch er zwar in der Regel nur auf Veranlassung eines anderen durch die ihm erteilte Vollmacht in Tätigkeit tritt, dann aber nach seinen eigenen Entschließungen handelt. Mit Rücksicht auf die viel freiere Stellung, die der Stellvertreter überhaupt einnimmt, ist bei diesem, wie schon durch die obige Einschränkung „in der Regel" angedeutet wurde, durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung (§ 177) zugelassen, daß er auch ohne die an sich erforderte Vertretungsmacht für den anderen tätig werden kann, in welchem Falle dann freilich die Wirksamkeit des Geschäfts für den Vertretenen von dessen Genehmigung abhängen soll.

Mit Rücksicht auf die ganz unselbständige Stellung des Boten ist es indes logisch ganz ausgeschlossen, daß auch ein solcher in ähnlicher Weise ohne erhaltenen Auftrag tätig werden könnte. Denn wie wäre es denkbar, daß ein Bote, der doch nur als Übermittelungsorgan der vom Herrn bereits gebildeten Willenserklärung verwendet werden kann, diese Willenserklärung selbst bilden und dann obendrein diese noch als „Bote" übermitteln könnte. Einmal würde hier schon der Umstand, daß er einen selbständigen Willen betätigt hat, (denn der Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung ist doch zweifellos nur auf seinen Willen zurückzuführen, da der Geschäftsherr keinen solchen erklärt hat), genügen, das Vorliegen von Botentätigkeit als ausgeschlossen erscheinen zu lassen. Andererseits aber müßte man sich noch die Frage vorlegen, als wessen Bote er denn die Erklärung dann übermittele. Jedenfalls tut er dies doch nicht als Bote des Geschäftsherrn, der von der ganzen Sache vielleicht überhaupt nichts weiß, sich selbst aber kann er doch keineswegs als Boten verwenden. Er ist dann eben überhaupt kein Bote. Man kann doch nicht etwa annehmen, daß die Mittelsperson es ganz in der Hand habe, nach ihrem Belieben nach außen etwa als Bote oder als Stellvertreter eines anderen aufzutreten, und dann auch ohne weiteres die betreffende Eigenschaft erlange. Für uns kann vielmehr lediglich das Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Mittelsperson in Frage kommen. Sonst brauchte man ja überhaupt keinen

„Auftrag“ beim Boten und keine „Vollmacht“ beim Stellvertreter, wenn es nur darauf ankäme, in welcher Eigenschaft die Mittelsperson nach außen hin aufträte.

Das Handeln eines solchen sogenannten „Boten ohne Auftrag“ wird indes ohne weiteres wie das des „Stellvertreters ohne Vertretungsmacht“ nach § 177 ff. BGB. zu beurteilen sein.

Denn in dieser Bestimmung will das Gesetz ganz allgemein den Fall regeln, daß jemand, ohne dazu befugt gewesen zu sein, für einen anderen Geschäfte besorgt hat. Ganz abgesehen davon, daß schon der Begriff „Bote ohne Auftrag“, wie oben gezeigt wurde, logisch einen Widerspruch in sich selbst enthält, also für eine besondere Regelung durch das Gesetz garnicht in Frage kommen konnte, ließe sich auch selbst dann, wenn wir theoretisch die Möglichkeit des Auftretens eines „Boten ohne Auftrag“ anerkennen würden, praktisch die Unterscheidung garnicht durchführen, ob die eigenmächtig handelnde Mittelsperson als Bote oder Stellvertreter tätig werde. Denn das äußere Auftreten der Mittelsperson, das allein dafür einen Anhalt geben könnte, ist, wie oben nachgewiesen wurde, keineswegs geeignet, der Mittelsperson auch tatsächlich die eigenmächtig sich angemaßte Stellung zu verschaffen; ein Innenverhältnis aber zwischen der Mittelsperson und dem Geschäftsherrn, nach dem man allein die Tätigkeit des Boten von der des Stellvertreters unterscheiden kann, ist ja überhaupt dann nicht vorhanden.

Diese Entscheidung, daß in jedem Falle bei eigenmächtigem Handeln der Mittelsperson dieses nach § 177 ff. zu beurteilen sei, entspricht auch durchaus der Billigkeit. Man erkennt dies besonders klar dann, wenn man mit unserem Ergebnis die Resultate vergleicht, welche diejenigen gewinnen, die § 177 ff. als nur für den „Stellvertreter ohne Vertretungsmacht“ gegeben ansehen.

Aßmann[1]) z. B. vertritt, allerdings ohne nähere Begründung, die Ansicht, „daß die Erklärung des nichtbeauftragten Boten regelmäßig für den angeblichen Absender ohne irgendwelche Wirkung ist und durch diesen nicht ratihibiert werden kann,“ wohingegen beim Stellvertreter ohne Vertretungsmacht die Genehmigung durch den Herrn wohl möglich sein soll. Nach dieser Ansicht ist zwar bei Stellvertretung ohne Vertretungsmacht der eigenmächtig Handelnde im Falle nicht erfolgter nachträglicher Genehmigung

[1]) S. 98.

durch den Vertretenen auf Grund der besonderen Bestimmung des § 179 dem anderen selbst nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, sodaß der in seinem Vertrauen geschädigte Dritte also in jedem Falle dann wenigstens durch die Haftung des unbefugten Vertreters einigermaßen gesichert ist. Liegt aber statt dessen „Botschaft ohne Auftrag" vor, so ist nach Aßmann nicht nur eine Genehmigung durch den angeblichen Absender, sondern ebenso auch die aus § 179 folgende besondere Haftung des eigenmächtig Handelnden im Falle der Nichtgenehmigung durch jenen ausgeschlossen.

Der andere Teil, der in jedem der beiden Fälle durch das der eigenmächtig handelnden Mittelsperson geschenkte Vertrauen den gleichen Schaden erlitten hat, soll also dann, wenn jene Mittelsperson gerade als „Bote" auftrat, bedeutend schlechter gestellt sein, als wenn sie als „Stellvertreter" gehandelt hätte. Unmöglich kann aber der Art und Weise, in der sich das eigenmächtige Auftreten der Mittelsperson vollzog, eine solche Bedeutung beigelegt werden. Die Billigkeit erfordert es vielmehr, daß der schuldlose andere Teil in jedem Falle in der gleichen Weise geschützt wird, zumal überhaupt für ihn es oft garnicht erkennbar sein wird, ob er einen Boten oder Stellverteter vor sich hat.

Auch aus diesen Erwägungen ergibt sich die Richtigkeit des von uns gefundenen Ergebnisses, daß ein besonderer Begriff „Bote ohne Auftrag" nicht denkbar ist, daß vielmehr der darunter für gewöhnlich verstandene Fall, daß eine Mittelsperson eigenmächtig als Bote auftritt, genau so unter § 177 ff. fällt, wie der Fall ihres unbefugten Handelns als Stellvertreter.

Wir hatten bisher bei der Besprechung des sog. „Boten ohne Auftrag" ganz allgemein den Fall angenommen, daß die Mittelsperson (als „Bote" durfte sie, wie gezeigt, dann nicht angesehen werden) gewissermaßen allein aus sich selbst heraus tätig geworden war, ohne daß der scheinbare Geschäftsherr irgend etwas von deren Handeln wußte.

Es wird jetzt aber noch der Fall zu untersuchen sein, wo die Mittelsperson zwar auch wieder an sich selbständig handelnd auftrat, dabei aber dem äußeren Anschein nach auch der Geschäftsherr durch sein Verhalten mit Veranlassung gab, daß der Empfänger der von jener Mittelsperson abgegebenen Erklärung traute. Diesen letzteren Fall wird man als den der begründeten „Scheinbotschaft" bezeichnen können, während in dem erstgenannten für den Empfänger

kein besonderer Grund vorlag, der vermeintlichen „Botschaft" zu trauen.

Setzen wir beispielsweise den Fall, eine Herrschaft lasse täglich durch ihr Dienstmädchen die zur Fortführung des Haushalts erforderlichen Dinge vom Kaufmann holen, doch ohne ihr im einzelnen Fall einen bestimmten Auftrag dazu zu erteilen; der Kaufmann sieht nun ihre Tätigkeit als die eines „Boten" an, zumal seitens der Herrschaft bisher stets die angelaufene Rechnung anstandslos beglichen wurde. Nach einiger Zeit jedoch weigert sich die Herrschaft, einen Posten zu bezahlen, da sie dazu dem Dienstboten keinen Auftrag erteilt hätte.

Wenn nun auch zweifellos der äußere Schein dafür spricht, liegt hier wirklich eine „Botschaft" in dem von uns erkannten theoretischen Sinne vor? Diese Frage wird entschieden zu verneinen sein. Man wird im Interesse der genauen Abgrenzung des Boten- und des Stellvertreterbegriffes unter allen Umständen daran festzuhalten haben, daß, wie oben nachgewiesen wurde, ein Bote, mit Rücksicht auf die sein gesetzliches Merkmal bildende, ganz unselbständige Stellung niemals ohne einen genau festgelegten Auftrag tätig werden kann. Dieser von Anfang an für den Boten erforderte Auftrag kann auch keineswegs etwa durch die nachträgliche Genehmigung des Geschäftsherrn ersetzt werden, und keineswegs kann auch ein äußeres scheinbares Auftreten als Bote ihm wirklich diese Stellung verschaffen. Durch den bloßen Schein kann also auch die abgegebene Erklärung niemals zur „Botschaft" werden.

Es fragt sich aber nun, wie denn der eben erwähnte Fall der „Scheinbotschaft", die also begrifflich unmöglich ist, anderwärts zu lösen ist. Es spricht zunächst nichts dagegen, das Verhalten des Dienstmädchens als „Stellvertretung ohne Vertretungsmacht" aufzufassen; seine Einkäufe sind durch die Bezahlung vonseiten der Herrschaft als genehmigt gemäß § 177 BGB. anzusehen, bis auf den einen Posten, bezüglich dessen es nach § 179 wegen nicht erfolgter Genehmigung dem Kaufmann gegenüber selbst haftet. In letzterer Hinsicht würde diese Lösung aber nicht der Billigkeit entsprechen, da einmal das Dienstmädchen auf Grund der ständigen Übung sich für befugt erachten durfte, auch die fragliche Besorgung zu machen, und anderseits der Kaufmann sich für berechtigt halten wird, auch dafür die Herrschaft unmittelbar in Anspruch zu nehmen. Und dies mit Recht!

Wie Wellspacher[1]) im Anschluß an Dernburg[2]) hervorhebt, wird man nämlich stets das Vorliegen einer Scheinvollmacht dann anzunehmen haben, wenn der eigentliche Geschäftsherr die Mittelsperson in eine äußere Stellung gebracht hat, mit welcher nach der Verkehrsauffassung eine Vollmacht von bestimmtem Umfange verbunden zu sein pflegt. Die Billigkeit verlangt es, daß der Dritte in seinem Vertrauen geschützt wird und[3]) „sich auf den aus den äußeren Umständen ergebenden Rechtsschein einer Vollmacht verlassen darf", genau so, als ob in Wirklichkeit eine besondere, für den Dritten ja dann auch nicht besser als hier erkennbare Bevollmächtigung erfolgt ist. Daraus ergibt sich zunächst nur, daß der Vertretene durch jene von der Mittelsperson abgegebenen Erklärungen an deren Stelle selbst verpflichtet ist. Er selbst wird aber auch weiterhin für den etwa dabei entstandenen Schaden aufzukommen haben; denn er war es, der die Form der Vollmacht hergestellt und damit auch die Veranlassung zur Entstehung eines etwaigen Schadens gegeben hat.

Um nun auf unseren Fall zurückzukommen, so hat die Herrschaft durch die wiederholte anstandslose Erfüllung der von dem Dienstmädchen eingegangenen Verbindlichkeiten dem Kaufmann gegenüber dessen Handeln als das eines scheinbar Bevollmächtigten hingestellt, sodaß sie nun mit Recht durch jeden in diesen Rahmen fallenden Einkauf des Dienstmädchens gebunden erscheint.

Es sei aber bei dieser Gelegenheit nochmals besonders darauf hingewiesen, daß von einer derartigen „Scheinvollmacht" stets nur dann die Rede sein kann, wenn wirklich die äußeren Umstände des einzelnen Falles diesen Schein ergeben. Der Kaufmann durfte noch nicht ohne weiteres das Dienstmädchen ganz allgemein dieser ihrer Eigenschaft halber als von der Herrschaft bevollmächtigt ansehen, vielmehr auf eine solche Bevollmächtigung erst dann schließen, als bereits mehrmals ähnliche Vertretungshandlungen desselben von der Herrschaft zugelassen worden waren[4]).

Anderseits wird hierbei auch die Frage, wie lange dieser äußere Tatbestand seine Schutzwirkung zu Gunsten des anderen Teils äußert, nach den Umständen des konkreten Falles zu beurteilen sein. Der Kaufmann kann sich nach jahrelanger

---

1) S. 102.

2) Bd. I, S. 534.

3) Meyer S. 95, Anm. 1.

4) vergl. Wellspacher S. 101.

Unterbrechung des geschäftlichen Verkehrs nicht mehr etwa darauf berufen, daß früher das Dienstmädchen stets als „Bevollmächtigte" der Herrschaft gegolten habe.

Mit Rücksicht auf seine Bedeutung für das Verkehrsleben sei hier noch kurz besonders des gleichfalls hierher gehörenden Falles der sog. Geschäftsboten gedacht, die, mit besonderer Kleidung und dem Abzeichen der Firma ausgestattet, zur Übermittelung mannigfacher Aufträge derselben an die Kunden dienen sollen. Wenn nun ein solcher „Bote" einem Kunden gegenüber eigenmächtig eine scheinbar von der Firma ausgehende Erklärung („Scheinbotschaft") abgibt, so wird auch hier aus den oben angeführten Gründen jene Tätigkeit nicht mehr als die eines Boten, sondern eines Stellvertreters anzusehen sein. Insofern nun jener Kunde der Mittelsperson gerade deshalb vertraut hat, da er aus deren Uniform auf ein zwischen ihr und der sie absendenden Firma bestehendes Rechtsverhältnis zu schließen sich berechtigt glaubte, erscheint es auch hier angebracht, die Firma für jenes Handeln des „Boten" einstehen zu lassen. Denn sie hat durch dessen Ausstattung mit ihren Abzeichen ihm jedenfalls nach außen hin eine Scheinvollmacht eingeräumt, die selbstverständlich aber nur soweit geht, als sie in den Rahmen des gewöhnlich einem Geschäftsboten zugewiesenen Wirkungskreises fällt. Die Firma wird hingegen dann nicht mehr von dem Handeln des „Boten" betroffen, wenn dieser über die seiner Stellung entsprechende scheinbare Vertretungsbefugnis offenbar hinausgegangen ist, da es dann allein die Schuld des Kunden war, wenn er einer derartig unwahrscheinlichen Erklärung eines bloßen Geschäftsboten Glauben schenkte.

Dritter Abschnitt.

Die unrichtige Übermittelung von Botenerklärungen.

§ 10.

I. Die unrichtig übermittelte Erklärung wird vom Gesetz der irrtümlich abgegebenen gleichgestellt.

Unrichtig übermittelte Willenserklärungen können nach § 120 BGB. unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden, wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung. Die unrichtig übermittelte Erklärung wird somit hinsichtlich der Rechtsfolgen der irrtümlich abgegebenen gleichgestellt.

Eine derartige Gleichstellung erscheint auch durchaus gerechtfertigt. Wir haben oben gesehen, daß der Bote lediglich als Werkzeug des Herrn dessen Willenserklärung dem anderen Teil übermittelt, ohne daß ihm selbst irgend ein Einfluß auf die übermittelte Erklärung gewährt wird. Die Willenserklärung muß also zunächst stets in der Form, wie sie beim Empfänger ausgerichtet wird, als vom Absender selbst abgegeben gelten. Daß das natürlich auch dann der Fall ist, wenn die Erklärung unrichtig übermittelt ist, ersieht man daraus, daß das Gesetz erst nach erfolgter Anfechtung jener Erklärung die rechtliche Wirkung nimmt, ohne eine solche aber die Erklärung vollgültig sein läßt. Wenn nun so eine falsch übermittelte Erklärung dem Empfänger gegenüber immer als vom Absender herrührend gilt, so ist also die Sachlage genau dieselbe, wie wenn der Erklärende selbst die betreffende Erklärung dem Empfänger gegenüber irrtümlich abgegeben hat. Die betreffenden Willenserklärungen sind in beiden Fällen unter demselben Gesichtspunkte anzusehen.

Eine jede Willenserklärung setzt sich nun ihrerseits aus zwei Elementen zusammen, dem (inneren) Willen und der (äußeren) Erklärung. Da die Erklärung dem Handelnden nur dazu dienen soll, daß sein Wille dem anderen offenbar werde, so werden jene beiden Elemente normalerweise miteinander übereinstimmen und dann — abgesehen natürlich von dem Falle der Geschäftsunfähigkeit u. ä. — ohne weiteres die bezweckte rechtliche Wirkung hervorrufen. Schwierigkeiten werden sich aber dann ergeben,

wenn die Erklärung nicht den wirklichen Willen des Erklärenden wiederspiegelt, Wille und Erklärung also einen verschiedenen Inhalt aufweisen. Soll dann der Wille entscheidend sein, oder aber auf die Erklärung der größere Wert gelegt werden?

Wir kommen damit auf die alte Streitfrage, die schon im gemeinen Recht ihrer angeblichen hohen Bedeutung wegen viel erörtert wurde. Den beiden Bestandteilen der Willenserklärung entsprechend bildeten sich vor allem zwei Theorieen aus, die sich auf das schärfste gegenüberstehen und gegenseitig ausschließen. Die Anhänger der Willenstheorie entschieden sich dahin, daß stets der Wille ausschlaggebend und die davon abweichende Erklärung nicht zu berücksichtigen sei. Demgegenüber lehrte die Erklärungstheorie, daß es allein auf das durch die Erklärung in äußere Erscheinung getretene ankomme, und der Inhalt des inneren Willens auf die Gültigkeit des erklärten ohne jeden Einfluß sei.

Im folgenden sei hier kurz auf die mit Bezug auf die Willenserklärung gebildeten neueren Theorieen hingewiesen, da sie wenigstens teilweise auch zu dem vom BGB. schließlich gewählten Standpunkt Stellung nehmen.

Jacobi[1]) geht in seiner „Theorie der Willenserklärungen“ davon aus, daß, wenn auch grundsätzlich Willenserklärungen nur bei Übereinstimmung von Wille und Erklärung wirken, und unbestrittenerweise der Wille nie ohne Erklärung wirken könne, doch umgekehrt die Erklärung zuweilen allein ohne entsprechenden Willen Rechtsfolgen nach sich ziehen könne und zwar aus zweierlei Gründen. Denn jeder, der eine Erklärungshandlung vornimmt, meint Jacobi[2]), vollzieht sie nicht um ihrer selbst willen, sondern er beabsichtigt dabei, zunächst die „Entstehung einer adäquaten Vorstellung über den Inhalt seines Begehrens in seinem Gegenüber, dadurch weiterhin Handlungen dieses anderen, infolgedessen Befriedigung dieses Begehrens.“ Der Erklärende sei seinerseits zur Leistung nicht deshalb verbunden, „weil er leisten wolle, sondern weil er durch die Erklärung, leisten zu wollen, in einem anderen absichtlich die Erwartung der Leistung hervorgerufen habe“. Der Erklärung allein schon soll nach Jacobi[3]) die volle Rechtswirkung dann deshalb innewohnen, da der Erklärende das Vertrauen bewußt und gewollt hervorgerufen habe, und das nach

---

[1]) S. 3 und S. 31.

[2]) S. 4 f.

[3]) S. 32.

Lage der Dinge berechtigte und auf die Handlung eines anderen zurückführbare Vertrauen geschützt werden müsse, zumal nach deutschem Recht vielfach dem gewollten auch der ungewollte, auf die Handlung jemandes zurückführbare Erfolg gleichstehe.

Insofern deckt sich Jacobi's Meinung mit der schon früher zur Vermittelung aufgestellten sog. Vertrauenstheorie, nach welcher der Erklärung der Vorzug vor dem Willen dann eingeräumt sein sollte, wenn der andere, an den die Erklärung gerichtet war, auf deren Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen des Erklärenden vertraut hatte.

Jacobi versucht aber noch auf eine andere Weise die Gebundenheit des Erklärenden an seine dem Willen nicht entsprechende Erklärung abzuleiten. Hierbei geht er[1]) davon aus, daß nach einem Grundsatze des deutschen Rechts neben dem Tatbestande, der an sich zur Rechtswirkung erforderlich ist, auch ein Tatbestand wirken kann, dem zwar die eine oder die andere Voraussetzung zur Rechtswirkung fehlt, der aber gewisse äußere Merkmale aufweist, die ihn mit dem Schein umkleiden, daß alle notwendigen Voraussetzungen vorhanden seien. Indem Jacobi[2]) diese Theorie vom „Rechtsschein“ auf die fehlerhafte Willenserklärung anwendet, kommt er zu dem Ergebnis, daß auch schon eine solche Erklärung wirksam im obigen Sinne ist, die zwar infolge ihrer Abweichung vom Willen nicht wirklich fähig, wohl aber wenigstens „geeignet“ ist, bei dem Gegner die Vorstellung der Rechtsverschiebungsabsicht zu erwecken, und sie dann auch wirklich erweckt hat, sofern die Erklärung nur auf eine Handlung des Erklärenden zurückführbar ist. Die Haftung[3]) aus der Erklärung ohne den Willen ruhe auf dem durch eigenes Handeln herbeigeführten Rechtsschein. Im wesentlichen läuft diese zweite Konstruktion Jacobi's gleichfalls darauf hinaus, daß das Vertrauen des anderen Teils, der hier dem Rechtsschein traute, geschützt werden soll.

Auch Danz berührt in seiner „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte“ behandelnden Schrift die uns hier beschäftigende Streitfrage, ob bei abweichendem Inhalt der Wille oder die Erklärung vorgehe. Die Auslegung[4]) bezweckt nach ihm die Deutung des in der Willenserklärung zum Ausdruck gekommenen Verhaltens der

---

[1]) S. 32.

[2]) S. 33.

[3]) S. 50.

[4]) Vorwort S. III f.

Menschen und die Feststellung der dadurch hervorgerufenen Rechtsfolgen. Er stellt es dabei als selbstverständlich hin, daß die Grundlage dieser Auslegung nur die Deutung der Erklärung sein könne, keineswegs sie sich aber mit der Feststellung einer bei der Abgabe der Willenserklärung etwa vorhanden gewesenen inneren Absicht befassen könne. „Denn[1]) die Anschauung, daß bei den Rechtsgeschäften der Menschen die Leistungen, welche die Parteien sich zu machen schuldig sind, abhängig sein sollen von einem inneren, der Gegenseite demnach unerkennbaren Willen, daß der Oblat sich zu dem verpflichte, was der Offerent sich unter seiner Offert-Erklärung gedacht hat, sei überhaupt nur möglich für jemanden, der jeden Blick für das reale Leben verloren habe." In der Abhandlung selbst bringt Danz[2]) es noch wiederholt zum Ausdruck, warum es also für die Auslegung nicht auf den Willen, sondern allein auf die Erklärung ankommen könne. Für die unparteiische Auslegung der Willenserklärung ist, wie er noch besonders hervorhebt[3]), die alleinige Zulassung der Deutung der Erklärung auch deshalb von Wichtigkeit, weil ein etwaiger Beweis der inneren Absicht in die Hände der Partei (die darüber allein befinden könne), gegeben werden müsse, anstatt, daß wie sonst der unparteiische Richter auf Grund der von ihm zu erkennenden und abzuwägenden Erklärung die Entscheidung treffe. Bezüglich der uns in vorliegender Abhandlung besonders beschäftigenden §§ 119 und 120 betont Danz[4]), daß auch hier der Inhalt des Rechtsgeschäfts, d. h. die Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung auf der einen und die entsprechende Berechtigung auf der anderen Seite, zur Entstehung komme auf Grund der Willenserklärung, der innere Wille aber komme für die Entstehung der Rechtsfolge garnicht in Betracht sondern bloß für die Umstoßung der eingetretenen Rechtsfolge durch Anfechtung.

Den entgegengesetzten Standpunkt, daß der Wille eine übergeordnete Bedeutung gegenüber der Erklärung habe, vertritt Henle[5]), der nach sehr eingehenden Ausführungen (S. 367 bis 530) zu dem Ergebnis gelangt, das BGB. stehe auf dem Standpunkte der extremen Willenstheorie. Er geht davon aus[6]), daß die juristische

[1]) ebenda S. IV.

[2]) u. a. S. 14f, 19f, 23f.

[3]) S. 64.

[4]) S. 156.

[5]) S. 530.

[6]) S. 376.

Willenserklärung zu definieren sei als die mit Handlungswillen und Sinnbewußtsein abgegebene Erklärung, daß der Erklärende einen Rechtserfolg hiermit herbeiführe. Hinsichtlich des von ihm geforderten Sinnbewußtseins unterscheidet er[1]) zwischem dem auf die Abgabe einer juristischen Willenserklärung überhaupt und dem auf deren eigentlichen Inhalt gerichteten Bewußtsein. In jedem Falle sei das zuerst genannte Bewußtsein vom Erklärungscharakter der Handlung, also ein Willensakt, für die Wirksamkeit der Willenserklärung als solcher unbedingt erforderlich, und daher könne eine Erklärung schon beim Mangel dieses Willens allein keinerlei rechtliche Bedeutung erlangen. Deshalb also sei stets schon insofern dem Willen eine größere Bedeutung als der Erklärung beizulegen, ohne daß erst noch auf die Bedeutung des auf den Inhalt gerichteten Bewußtseins für die Willenserklärung als solche eingegangen zu werden brauche.

Manigk[2]) geht davon aus, daß es noch keine irgend entwickelte Gesetzgebung gegeben habe, in der entweder die Willenstheorie oder die Erklärungstheorie durchgeführt gewesen sei, da jede dieser beiden Regelungen vonvornherein als extrem verfehlt gewesen wäre. Er macht dann den bemerkenswerten Versuch, jene beiden streitenden Theorieen auf dieselbe Grundlage zurückzuführen. Auch die extremste Willenstheorie, so führt er aus[3]), hätte niemals behauptet, daß die Geschäftswirkung positiv durch den inneren, nicht zur Erklärung gelangten Willen der Partei bestimmt werde. Die positiven Rechtswirkungen der Willenserklärung könnten nur durch die Erklärung bestimmt werden, welchen Lehrsatz die Willenstheorie mit der Erklärungstheorie in Wahrheit immer gemeinsam gehabt hätte. Die Frage sei immer nur die, ob das Recht in Rücksicht auf einen entgegengesetzten Willen die Wirksamkeit der Erklärung hemmen oder aufheben müsse. Wie nun aber diese Frage weiter zu entscheiden ist, und wie dann im einzelnen der Wille gegenüber der Erklärung abzuwägen ist, darüber erfahren wir bei Manigk nichts näheres.

Das BGB. hat sich, wie in den Protokollen der zweiten Kommission ausdrücklich hervorgehoben wird[4]), „weder für das

---

1) S. 504.
2) S. 152 f.
3) S. 154.
4) S. 198, ebenso S. 222. f.

Willensdogma noch für die Erklärungstheorie schlechthin entscheiden wollen", da beide wegen ihrer Schroffheit für den modernen Rechtsverkehr als durchaus unbrauchbar anzusehen waren. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr, von den Grundsätzen der Billigkeit und des Verkehrsinteresses ausgehend, seinen Standpunkt unabhängig von jenen theoretischen Streitigkeiten gewählt und tatsächlich die eben genannten Beweggründe dabei ausschlaggebend sein lassen. So heißt es in der Denkschrift zum Entwurf des BGB. ausdrücklich: „Der Entwurf hat den Einfluß der Willensmängel auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht nach einer bestimmten Theorie geregelt, sondern lediglich nach praktischen Gesichtspunkten, die den verschiedenen in Betracht kommenden Interessen tunlichst gerecht werden."

Liegt eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung vor, so auch bei den uns hier besonders beschäftigenden §§ 119, 120, so steht das eine fest, daß das Gesetz hier die Möglichkeit vorsieht, das ganze Geschäft rechtlich durch die Anfechtung zu beseitigen, keineswegs aber dazu zwingt. Die Einführung des Anfechtungsbegriffes hierbei bedeutet einen sehr glücklichen Griff des Gesetzgebers, der damit über die sonst wohl nötige Stellungnahme zur Willens- oder Erklärungstheorie hinwegkommt. So aber werden Wille und Erklärung nicht einzeln gegenseitig abgewogen, sondern beide zusammen von dem Gesichtspunkt betrachtet, ob sie ein Ganzes bilden oder nicht.

Ist nun das letztere der Fall, weicht der Wille also von der Erklärung ab, so ist nach meiner Meinung zunächst noch keinerlei endgültige Rechtswirkung eingetreten, das Geschäft vielmehr noch als im Schwebezustand befindlich anzusehen, und zwar solange, bis der Erklärende bezüglich des ihm in diesem Falle gesetzlich zugesprochenen Anfechtungsrechts sich schlüssig gemacht hat.

Macht er von diesem innerhalb der gesetzlichen Frist Gebrauch, so wird dadurch das fehlerhafte Geschäft gänzlich aus der Welt geschafft, unbeschadet allerdings der Ersatzpflicht, die billigerweise eben deshalb vom Gesetz eingeführt ist, damit in jeder Beziehung der vorher zwischen den Parteien bestehende Zustand wiederhergestellt wird, und die deshalb auch mit Fug und Recht nur auf den Ersatz des „negativen Interesses" geht. Entscheidet sich jedoch der zur Anfechtung Befugte dazu, von diesem Rechte keinen Gebrauch zu machen, da er auch die fehlgegangene Erklärung dennoch schließlich gelten lassen will, dann erlangt diese nunmehr

ihre volle rechtliche Gültigkeit. Das Gleiche wird aber stets auch dann schon gelten, wenn der Berechtigte, trotz seiner Kenntnis von dem ihm zustehenden Anfechtungsrechte, überhaupt keine Entscheidung trifft. Man wird dann annehmen können, daß er damit die fehlerhafte Erklärung stillschweigend genehmigt hat, welch letztere Schlußfolgerung im Gesetz wiederholt vorkommt und in Ermangelung einer genaueren Willensäußerung stets dann zulässig sein muß, wenn dem Verhalten jenes Berechtigten ein anderer Sinn nicht beigelegt werden konnte.

Die zwischen Wille und Erklärung vorhanden gewesene Divergenz wird durch die bloße Anfechtungsmöglichkeit also stets beseitigt. Denn „genehmigt" der Erklärende, wie oben gezeigt wurde, tatsächlich oder stillschweigend die fehlgegangene Erklärung, so entspricht nun der Erklärung auch der Wille; hat er sie aber angefochten, so ist damit sowohl Wille als auch Erklärung beseitigt. In beiden Fällen liegt nichts mehr vor, was eine Untersuchung erforderlich machte, ob dem Willen oder der Erklärung eine größere Bedeutung beizumessen sei.

Zu betonen wäre hier noch das eine, daß die vorstehenden Erörterungen keineswegs eine Bevorzugung der Willenstheorie insofern enthalten, als, wie gezeigt, die Entscheidung darüber, ob das Geschäft bestehen bleibe oder beseitigt werde, in der Tat auf den Willen des Erklärenden zurückgeführt wurde. Der hierfür in Frage kommende Wille nämlich ist als ein besonderer Akt des Erklärenden anzusehen und ist von dem zur Zeit der fraglichen Erklärung bei jenem vorhandenen wohl zu unterscheiden.

Gegenüber der hier vertretenen Meinung, daß durch die Einführung des Begriffs der Anfechtungsmöglichkeit dem Erklärenden die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des fehlerhaften Geschäftes zustehe, könnte freilich der Einwand erhoben werden, daß die Anfechtung doch nur unter gewissen Voraussetzungen zugelassen sei, nämlich dann, wenn die Annahme gerechtfertigt sei, daß die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles von dem Anfechtenden nicht abgegeben sein würde. Aber auch dies widerspricht nicht der vom Gesetz hier eingenommenen grundsätzlichen Stellung. Das Gesetz betont bei jener scheinbaren Einschränkung der Anfechtung nur etwas, das bei einem nach Treu und Glauben geregelten Verkehr der Parteien miteinander eigentlich selbstverständlich stets der Fall sein sollte, nämlich daß der Erklärende

als anständiger Mann dann von dem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch machen, vielmehr die fehlgegangene Erklärung „genehmigen" solle, wenn die Divergenz zwischen dieser und dem eigentlichen Willen nur von so untergeordneter Bedeutung sei, daß sein Wille auch mit der falschen Erklärung einverstanden sein könne. Daß das Gesetz unter jenen Umständen nun aber die Genehmigung des fehlerhaften Geschäfts durch den Erklärenden gewissermaßen präsumiert, das hat seinen Grund in den sonstigen für den Gesetzgeber maßgebenden Grundsätzen, vor allem in der Rücksicht auf das Verkehrsinteresse. Der Erklärende, der anständig zu handeln bestrebt ist, wird also in diesem Rahmen stets sich frei über das Bestehen oder Nichtbestehen des fehlerhaften Geschäftes entscheiden können.

Insofern nun also §§ 119 und 120 BGB. in Frage kommen, erübrigt es sich vollständig, zu untersuchen, ob der Wille oder die Erklärung für das BGB. ausschlaggebend gewesen ist, da dies, wie zuletzt gezeigt wurde, für die von ihm hier vorgesehene Anfechtung ohne jeden Belang ist.

In § 119 wird bei der hier erfolgenden Regelung des sog. Geschäftsirrtums genau unterschieden, daß der Erklärende bei der Abgabe der Willenserklärung in zweifacher Hinsicht irren konnte, insofern er nämlich einmal über den Inhalt der abgegebenen Erklärung im Irrtum sein konnte oder aber eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. Im ersteren Falle war der Inhalt seiner Erklärung, im zweiten aber das Erklären selbst irrtümlich. In Anbetracht dessen nun, daß, nach dem Wortlaute des Gesetzes, der vom Erklärenden selbst hervorgerufene Irrtum und der von der Mittelsperson durch die unrichtige Übermittelung verursachte Irrtum einander gleichgestellt sein sollen, werden wir jene in § 119 zum besonderen Ausdruck gebrachte Unterscheidung auch bei der unrichtigen Übermittelung des § 120 zu treffen haben. Dementsprechend werden wir eine unrichtige Übermittelung im Sinne von § 120 sowohl dann anzunehmen haben, wenn die Übermittelung unrichtig in Bezug auf den Inhalt der vom Absender aufgetragenen Erklärung erfolgt ist, als aber auch dann, wenn das Übermitteln (der an sich inhaltlich richtig überbrachten Erklärung) selbst in einer unrichtigen Weise geschehen ist.

Damit haben wir schon im voraus eine weiter unten des näheren zu erörternde Hauptstreitfrage hinsichtlich des Anwendungsgebietes des § 120 entschieden, ob das Wort „unrichtig" in § 120

sich nur auf den Inhalt der Willenserklärung oder aber auch auf die Art und Weise der Übermittelung bezieht. Also, gleichwie § 119 demjenigen, der eine Erklärung im Irrtum über die Person des Gegenkontrahenten abgegeben hat, das Anfechtungsrecht gewährt, (denn das Erklären war irrtümlich erfolgt) so ist ein solches gemäß § 120 dann gegeben, wenn der Bote die ihm aufgetragene Erklärung einem falschen Adressaten bestellt hat, da hier das Übermitteln unrichtig vor sich gegangen war.

§ 11.

II. Die Behandlung der unrichtigen Botenerklärung im allgemeinen.

Was nun die Behandlung der unrichtigen Botenerklärung für sich allein anbetrifft, so bietet der hierfür ausschließlich in Betracht kommende § 120 BGB. wegen seiner zu allgemein gehaltenen Fassung für die Auslegung noch einen großen Spielraum. Wir werden deshalb die einzelnen Möglichkeiten ins Auge fassen und die Anwendbarkeit des § 120 in jedem einzelnen dieser Fälle besonders prüfen müssen. Wie bei der Feststellung des Botenbegriffs selbst, so wird es auch hier, zwecks besserer Erkenntnis des gesetzgeberischen Willens, sich wieder empfehlen, auf die Entstehungsgeschichte dieser besonderen Gesetzesbestimmung einzugehen.

In der Literatur wird übereinstimmend der sog. Köln-Frankfurter Telegraphenfall[1]) vom Jahre 1856 als die Ursache bezeichnet, daß man sich plötzlich sehr eifrig mit dem Studium der

---

[1]) Das Bankhaus Oppenheim in Köln hatte das Bankhaus Weiller in Frankfurt a. M. durch Telegramm beauftragt, bestimmte Aktien zu kaufen. Durch ein Versehen des Telegraphenbeamten war statt „Kaufen" das Wort „Verkaufen" übermittelt worden. Daraus, daß Weiller dem unrichtigen Auftrage entsprechend handelte, und dann plötzlich der Kurs jener Aktien sich änderte, erwuchs ihm ein Schaden von 40 000 Talern, und es entstand die Frage, wer diesen zu tragen verpflichtet wäre. Das Kölner Landgericht hatte ihn mit der recht eigenartigen Begründung der Absenderin Oppenheim auferlegt, daß diese insofern ein Verschulden träfe, als sie sich zur Übermittelung des Telegraphen, „eines noch mehr oder weniger ungenauen und unzuverlässigen Verkehrsmittels", bedient hätte. (Vergl. darüber Reyscher „Urteil im Fall Oppenheim-Weiller, Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. 19, S. 456 ff.)

bis dahin sehr vernachlässigten und erst durch Buchkas oben erwähnte Schrift wieder neu belebten Frage beschäftigte.

Die so gefundenen Ergebnisse sind dann bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches vom Gesetzgeber verwertet worden. Man hat die Gelegenheit benutzt, und nicht nur jenen einen Fall, sondern die ganze Materie allgemein geregelt. Aus den in dieser Hinsicht erfolgten Vorarbeiten, die uns in den sog. Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch erhalten sind, gewinnen wir, — allerdings nur in mancher Hinsicht, — einen wesentlichen Anhalt dafür, wie weit die Gesetzgeber die Grenze für die unrichtige Übermittelung zu ziehen gedachten. Was wir aus dieser Quelle schöpfen können, das soll bei der Besprechung des einzelnen Falles nachgeholt werden.

Im übrigen wird aber bei der Entscheidung des Einzelfalles besonders auch das Verkehrsinteresse in Betracht zu ziehen sein, da dieses ja überhaupt den Anstoß zu der gesetzlichen Regelung der uns hier beschäftigenden Frage gegeben hat. Durch seine zweckmäßige Berücksichtigung werden sich unbillige Härten für beide Teile, Absender wie Empfänger, vermeiden lassen.

Die Motive[1]) selbst stellen eine derartige Rücksichtnahme auf das Verkehrsinteresse mit folgenden Worten als nötig hin:

> „Die Mannigfaltigkeit der einschlagenden Fälle gestattet keine einheitliche Gestaltung. Im allgemeinen ist festzuhalten, daß der Erklärende zu seiner Erklärung stehen muß, soweit das Verkehrsinteresse dafür spricht, und das Verhalten des Erklärenden ein solches ist, daß man sagen kann, es geschehe ihm nicht zuviel, wenn er bei dem Worte genommen werde.“

Wir werden im folgenden nunmehr dazu übergehen, die verschiedenen Möglichkeiten der unrichtigen Übermittelung im einzelnen zu betrachten. Im voraus sei nochmals erwähnt, daß wir zwei Hauptgruppen bezüglich der unrichtigen Übermittelung unterscheiden, insofern einmal die Willenserklärung ihrem Inhalt nach als eine unrichtige, d. h. entstellt, übermittelt sein kann, sodann aber auch die Willenserklärung zwar inhaltlich richtig, jedoch sonst „in unrichtiger Weise“ überbracht sein kann. Auf dieser Unterscheidung sind die folgenden Ausführungen aufgebaut.

---

[1]) I, S. 191.

III. Die verschiedenen Möglichkeiten der unrichtigen Übermittelung im einzelnen.

§ 12.

Eine gewöhnliche Mitteilung ist unrichtig als solche mit anderem Inhalt übermittelt.

Die Bestimmung des § 120 besagt, daß ein Anfechtungsrecht dann gegeben sein soll, wenn eine „Willenserklärung" unrichtig übermittelt worden ist. Wir werden uns demnach gleich am Anfang zu fragen haben, was das Gesetz hier unter dem Worte „Willenserklärung" versteht. Eine solche liegt an sich stets vor, wenn irgend ein Wille in nach außen erkennbarer Weise geäußert worden ist, ganz gleichgültig, ob gleichzeitig mit jener Erklärung auch eine rechtliche Wirkung bezweckt war oder nicht. Für die Regelung durch das Gesetz können indes offenbar nur solche Willenserklärungen in Frage kommen, die nicht lediglich in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht von Bedeutung sind.

Auch aus dem Umstande, daß der hier uns speziell beschäftigende Fall einer Willenserklärung seine Regelung in dem allgemein von den „Rechtsgeschäften" handelnden dritten Abschnitt des ersten Buches des Gesetzbuches gefunden hat, läßt sich ersehen, daß der Gesetzgeber hierbei nur eine rechtlich erhebliche Willenserklärung vor Augen hatte. Man wird sogar überhaupt die beiden Begriffe „Willenserklärung rechtlich erheblicher Art" und „Rechtsgeschäft" selbst einander gleichzustellen haben. Mit Recht weist Dernburg[1]) darauf hin, daß das BGB. bei der oben näher erwähnten Behandlung der „Rechtsgeschäfte" in bunter Abwechselung jene beiden Ausdrücke gebraucht, ohne daß die Gründe für die Wahl des einen oder des anderen Ausdruckes zu Tage treten. Es ist hier nicht näher darauf einzugehen, inwiefern jene Gleichstellung tatsächlich berechtigt ist. Für uns genügt hier die Feststellung, daß unter der in § 120 erwähnten „Willenserklärung" lediglich eine solche verstanden werden darf, die auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist.

Nur in diesem Falle bedarf es zur Beseitigung ihrer Wirksamkeit der Anfechtung, keineswegs aber auch schon dann, wenn es sich

---

[1]) I, S. 365.

nur um die Übermittelung einer Willenserklärung rein tatsächlicher Art handelte. Eine solche wäre für den Absender als von ihm nicht gewollt ohne weiteres unverbindlich, da die strengere Vorschrift des § 120 nur im Interesse des rechtsgeschäftlichen Verkehrs getroffen ist.

Eine derartige Willenserklärung rein tatsächlicher Natur wird man, im Gegensatz zu jener rechtlich bedeutsamen als eine bloße „Mitteilung" bezeichnen können. Zur Erläuterung des letzteren Falles führt Dernburg[1]) ein Beispiel an, das er aus Roseggers Novelle „Sonnenschein" entnommen hat: „Der Dorfwirt ladet durch seinen Laufburschen die Bauern zur »Freidenkerversammlung« ein, dieser richtet aus zur »Freitrinkerversammlung«. § 120 nützt ihnen nichts."

Der Grund für die Nichtanwendbarkeit jener Vorschrift ist eben darin zu suchen, daß die zu übermittelnde Willenserklärung nicht darauf gerichtet war, einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen, sondern nur als eine tatsächliche Mitteilung angesehen werden konnte.

Die Eingeladenen können ihrerseits daraus keinen rechtlichen Anspruch gegen den Wirt herleiten, da dieser durch die Abgabe jener Erklärung keineswegs ihnen gegenüber eine rechtliche Verbindlichkeit eingehen wollte. Überdies ist ja auch die ihnen wirklich übermittelte unrichtige Erklärung (Einladung zur „Freitrinker"-versammlung) keineswegs rechtsgeschäftlicher Natur, vielmehr gleichfalls nur eine bloße „Mitteilung" in dem oben besprochenen Sinne und als solche auch schon ungeeignet, irgend welchen Rechtsanspruch zu begründen. Der Fall aber, daß statt der ursprünglich vorhandenen bloßen Mitteilung eine Willenserklärung mit rechtsgeschäftlichem Charakter übermittelt wurde, wird im folgenden zur besonderen Besprechung kommen.

§ 13.

Anstatt einer gewöhnlichen Mitteilung ist eine Willenserklärung übermittelt.

Während in dem vorher besprochenen Falle sowohl vor wie auch nach der unrichtigen Übermittelung lediglich eine bloße Mitteilung vorgelegen hatte, kann es nun auch vorkommen, daß der Bote, dem eine bloße Mitteilung aufgetragen wurde, diese in der Form einer Willenserklärung dem Empfänger übermittelt hat.

[1]) I, S. 490, Anm. 31.

Es fragt sich nun, ob hier § 120 zur Anwendung kommen wird oder nicht.

Als ein Beispiel für den uns jetzt beschäftigenden Fall sei das folgende, das Breit[1]) seine Entstehung verdankt, angeführt: „Jemand telegraphiert seinem Freunde: „Taufe ein Uhr." Statt dessen steht in der Ausfertigung des Telegramms zu lesen: „Kaufe eine Uhr". Aus der vom Absender allein bezweckten Mitteilung eines rechtlich belanglosen Familienereignisses ist durch unrichtige Übermittelung hier ein Kaufangebot, also eine Willenserklärung rechtlich erheblicher Art, geworden.

Nach der durch v. Hase[2]) und Aßmann[3]) vertretenen Ansicht soll im Falle der Verwendung eines Boten es stets auf den eigentlichen Willen des Absenders garnicht ankommen, sondern einzig und allein die dem Empfänger tatsächlich übermittelte Erklärung entscheidend sein.

Aus den schon oben bei der Besprechung des vorigen Falles auseinandergesetzten Gründen können wir indes die vorstehende Ansicht nur unter der Voraussetzung als zutreffend bezeichnen, daß es sich sowohl vor wie nach der Übermittelung um eine rechtlich bedeutsame Willenserklärung handelte. von Hase[4]) hat seine allzu allgemein gehaltene Ansicht auf die von ihm des näheren angeführten Meinungen von Windscheid[5]), Bähr[6]) und Crome[7]) gestützt, dabei aber ganz übersehen, daß diese in den erwähnten Sätzen offenbar auch nur eine rechtlich erhebliche Willenserklärung im Auge haben. Besonders deutlich tritt dies bei Bähr hervor, wo ausdrücklich die Rede ist von einer „beim Kontrahieren" erfolgten Willenserklärung.

Wenn wir uns genau den Wortlaut des hier maßgebenden § 120 ansehen, so ist unstreitig festzustellen, daß hier die Rede davon ist, daß eine „Willenserklärung, welche unrichtig übermittelt worden ist", angefochten werden kann. Nach den Regeln der Grammatik ist aus der Stellung, welche der Nebensatz hier einnimmt, wie auch besonders aus dem Gebrauch des Perfekts

[1]) I. S. 161.
[2]) S. 31.
[3]) S. 104.
[4]) S. 31/32.
[5]) II, § 303. Anm. 6.
[6]) Iherings Jahrb. XIV, S. 401.
[7]) I, S. 411.

„übermittelt worden ist" der sichere Schluß zulässig, daß auch schon vor der Übermittelung eine „Willenserklärung" vorgelegen haben muß, und daß nur unter dieser Voraussetzung dann das im Nachsatz gewährte Anfechtungsrecht Platz greifen soll.

Ist aber dem Boten von dem Absender nur die Übermittelung einer „Mitteilung" aufgetragen worden, so wird der Absender niemals irgendwie dadurch rechtlich verpflichtet werden, daß diese Mitteilung in unrichtiger Weise als Willenserklärung dem anderen Teil zugegangen ist, wie er ja auch bei einer richtigen Übermittelung einer Mitteilung dadurch in keiner Weise rechtlich gebunden worden wäre.

Dafür, daß es sich empfiehlt, die Haftung des Absenders in der eben erörterten Weise zu beschränken, spricht auch ganz unabhängig von jener Fassung des Gesetzestextes noch die Erwägung, daß der Absender bei der Beauftragung eines Boten mit der Übermittelung einer bloßen Mitteilung gewöhnlich weniger wählerisch sein wird, als wenn es sich um die Übermittelung einer rechtlich erheblichen Erklärung handelt. Denn eine bloße Mitteilung wird er schließlich dem ersten besten zur Übermittelung anvertrauen, eine Erklärung von rechtlicher Bedeutung indes nur einer als zuverlässig bekannten Persönlichkeit.

Wenn es nun auch ganz in der Ordnung ist, daß der Absender auch bei unrichtiger Übermittelung seiner Willenserklärung zunächst daran gebunden sein soll, da er immerhin mit dieser leicht eintretenden Möglichkeit rechnen mußte, so wäre es andererseits doch unbillig, wenn man den Absender einer bloßen Mitteilung auch für den Fall, daß jene in der Form einer Willenserklärung übermittelt würde, haften lassen wollte.

Wie wir bereits bei der Besprechung der rechtlichen Stellung des Empfangsboten gesehen haben, ruht die Schadensersatzpflicht des § 122 auf dem bloßen Veranlassungsprinzip. An sich muß also derjenige, der die zur Übermittelung gegebene Willenserklärung gebildet hat und im Falle ihrer unrichtigen Bestellung von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, für den dadurch dem Empfänger der Erklärung verursachten Schaden in dem vom Gesetze bestimmten Umfange aufkommen. Hierbei ist aber, — wie bereits oben gezeigt wurde, — Voraussetzung, daß schon bei dem Absender eine Willenserklärung im Rechtssinne vorgelegen hat, sodaß er, wenn dem Empfänger diese unrichtig übermittelt wird, immerhin wenigstens den Anlaß zu einer dann von selbst eintretenden Änderung der

rechtlichen Verhältnisse gegeben hat und insofern dafür verantwortlich gemacht werden kann.

Keineswegs aber wird man dann noch von einer durch den Absender zu verantwortenden Veranlassung sprechen können, wenn anstatt einer von diesem erklärten „Mitteilung“ dem anderen eine Willenserklärung übermittelt worden ist. Dann hat der Absender eben nur zu einer rechtlich bedeutungslosen Mitteilung den Anlaß gegeben, aus der auch an sich keinerlei Schaden entstehen konnte, keineswegs aber zu einer Änderung rechtlicher Verhältnisse. Wollte man auch hier der Erklärung rechtliche Wirksamkeit zusprechen, so würde Unsicherheit im Rechtsverkehr die sichere Folge sein, da ein jeder Gefahr liefe, auf Grund rechtlich ganz unerheblicher einem anderen zur Übermittelung aufgetragenen Mitteilungen rechtlich verpflichtet zu werden.

Eine solche Mitteilung, die durch den Boten dem Adressaten als Willenserklärung des Absenders übermittelt worden ist, ist vielmehr rechtlich unwirksam, ohne daß es erst einer Anfechtung bedarf.

Denn jene „Mitteilung“ kann durch die falsche Übermittelung zwar dem äußeren Schein nach zur Willenserklärung werden, aber niemals dadurch auch tatsächlich die Eigenschaft einer Willenserklärung erhalten. Die vom Gesetze aufgestellten Bestimmungen über die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Willenserklärungen können hier also nicht zur Anwendung gelangen, da es sich um keine Willenserklärung im Sinne des Gesetzes handelt, sondern lediglich um eine vom Gesetze nicht berücksichtigte entstellte Mitteilung, die eben ohne weiteres als unwirksam anzusehen ist.

Der oben angeführte Fall von Breit ist also dahin zu entscheiden, daß der Absender des Telegramms vonvornherein an jene Kaufofferte überhaupt nicht gebunden ist, welche Ansicht auch von Breit selbst vertreten wird. Im übrigen stehen auf dem von uns vertretenen Standpunkt noch Dernburg [1]), Planck [2]) und Josef [3]).

---

1) I, S. 490.
2) I, S. 216.
3) S. 405.

§ 14.

Die Willenserklärung ist mit einem die rechtliche Wirkung ausschließenden Inhalt übermittelt.

Nur einer ganz kurzen Erwähnung bedarf der Fall, daß die dem Boten zur Übermittelung aufgetragene Willenserklärung nicht bloß unrichtig, sondern sinnlos dem Empfänger ausgerichtet ist. Da eine solche Erklärung überhaupt nicht geeignet ist, eine rechtliche Wirkung auszuüben, wird es hier nicht erst der sonst bei Botenerklärungen an sich erforderlichen Anfechtung bedürfen, jene Erklärung vielmehr ohne weiteres als nichtig anzusehen sein.

Ein gleiches wird auch dann zu gelten haben, wenn die dem Boten aufgetragene Willenserklärung durch die unrichtige „Übermittelung ihres Charakters als Willenserklärung verlustig gegangen ist und in der Form einer bloßen Mitteilung dem Empfänger ausgerichtet wurde. Schon bei der Besprechung des gegenteiligen Falles, wo eine bloße Mitteilung als Willenserklärung übermittelt worden war, wurde hervorgehoben, daß sowohl vor wie nach der Übermittelung eine Willenserklärung vorliegen müsse, wenn die besondere Bestimmung des § 120 Anwendung finden sollte. So ist denn auch hier eine bloße Mitteilung, die dem Empfänger zugeht, nicht rechtserheblich und deshalb ohne weiteres unwirksam.

§ 15.

Die Willenserklärung ist als eine solche „von ganz anderer Art“ übermittelt.

Wir müssen nunmehr der Frage näher treten, wie weit bezüglich des Inhalts der übermittelten Willenserklärung der Begriff der „unrichtigen Übermittelung“ zu fassen ist, ob auch noch dann eine solche als vorliegend erachtet werden kann, wenn statt der aufgetragenen Willenserklärung der Bote eine solche „von ganz anderer Art“ übermittelt hat. Soll z. B. auch dann der Absender an die Bestimmung des § 120 gebunden sein, wenn der Bote, anstatt eine gewöhnliche Bestellung für den Haushalt zu übermitteln, den Auftrag zum Abschluß eines umfangreichen Börsengeschäfts gibt?

Vonvornherein sei darauf hingewiesen, daß für die Entscheidung dieser Frage keineswegs der Umstand von Bedeutung sein kann, daß bei Vorliegen einer solchen Willenserklärung „von ganz anderer Art" in den meisten Fällen jene Entstellung auf den Vorsatz der Mittelsperson zurückzuführen sein wird. Denn es ist wohl denkbar, daß der Bote auch aus bloßer Fahrlässigkeit sich ein solches Versehen, etwa durch Verwechselung zweier ihm gleichzeitig zur Übermittelung an verschiedene Empfänger anvertrauten Aufträge, zuschulden kommen läßt. Die Frage, von welchem Einfluß die vorsätzlich unrichtige Übermittelung auf die Anwendbarkeit des § 120 ist, ist als solche für sich zu behandeln und wird uns weiter unten beschäftigen.

Hier handelt es sich für uns jetzt nur darum, zu der oben gestellten Frage ganz im allgemeinen Stellung zu nehmen.

Cosack[1]), Crome[2]), Dernburg[3]), Enneccerus[4]) und Josef[5]) sprechen sich übereinstimmend dahin aus, daß § 120 nicht zur Anwendung komme, falls eine Erklärung von ganz anderer Art übermittelt sei.

Demgegenüber sucht indes Breit[6]) den Nachweis zu erbringen, daß die Art und Weise der Veränderung der ursprünglichen Willenserklärung nicht den Maßstab für die Anwendbarkeit von § 120 bilden könne, da eine Unterscheidung zwischen einer unrichtig übermittelten Erklärung und einer solchen „von ganz anderer Art" sich in der Praxis überhaupt nicht durchführen lasse. Auch Fleck[7]) kommt zu diesem Ergebnis, indem er sich auf den Standpunkt des Empfängers stellt und darauf hinweist, daß in den beiden genannten Fällen „ein Auftrag zu der Botschaft in der Form, wie sie schließlich an den Dritten gelangte, nicht gegeben war."

Wenn wir uns indes genau den Wortlaut des § 120 ansehen, so finden wir, daß es der Anfechtung der betreffenden Willenserklärung nur dann bedarf, wenn dieselbe unrichtig übermittelt worden ist. Nach dem Sprachgebrauch aber kann man von einer „unrichtigen" Übermittelung einer Willenserklärung

---

1) I, S. 226.
2) I, S. 422.
3) I, S. 490.
4) I, S. 364. Anm. 5.
5) S. 407.
6) S. 156.
7) S. 397.

doch nur dann reden, wenn eine in bestimmter Richtung erfolgte Äußerung des Willens des Geschäftsherrn nicht so, wie dieser es gewollt und aufgetragen hatte, sondern in der einen oder anderen Hinsicht verändert übermittelt wurde. Immerhin aber muß die vom Herrn herrührende Willenserklärung wenigstens teilweise noch vorhanden und als solche erkennbar sein, was dann immer zutreffen wird, wenn die tatsächlich vom Boten übermittelte Erklärung noch einigermaßen unter die „Spezies" des von dem Absender überhaupt gewollten Geschäfts fällt.

So wird z. B. sicherlich dann eine unrichtige Übermittelung im Sinne von § 120 vorliegen, wenn der Bote, der den Auftrag erhalten hat, zwei Kisten Zigarren zu bestellen, deren zehn bestellt, oder wenn der Bursche, der für seinen Hauptmann „1 Kilogramm rauchloses Pulver" kaufen soll, auf sein Verlangen von „ein Kilogramm von dem neuen Schießpulver" eine eben erst in den Handel gebrachte neue Sorte feinkörnigen Schießpulvers ausgehändigt bekommt.

Von einer lediglich „unrichtigen" Übermittelung aber wird man keineswegs mehr dann sprechen können, wenn der Bote, statt der zur Übermittelung aufgetragenen Willenserklärung eine solche „von ganz anderer Art" dem Empfänger überbringt, die inhaltlich mit der ursprünglichen Erklärung überhaupt nichts mehr gemein hat, und aus der sich auch bei einer Gegenüberstellung mit jener keinerlei Anhalt dafür ergibt, inwiefern der Bote gerade zur Bestellung *dieser* Erklärung kommen konnte.

Für die Richtigkeit unserer Behauptung, daß der Sprachgebrauch nur eine derart beschränkte Auslegung des Wortes „unrichtig" zulasse, spricht weiterhin auch die Erwägung, daß es dem Absender des Boten, der beispielsweise ein Gebot auf ein Pferd machen sollte, statt dessen aber ein Darlehn anbot,[1]) garnicht einfallen wird, dem Empfänger, für den seine Erklärung bestimmt war, zu sagen, der Bote habe seine Erklärung nur unrichtig übermittelt. Er wird vielmehr vonvornherein jede Urheberschaft an jener dem Empfänger zugegangenen Erklärung in Abrede stellen und den Boten allein als für diese verantwortlich bezeichnen.

Ist nun also statt der aufgetragenen Willenserklärung eine solche „von ganz anderer Art" übermittelt, so bedarf es keiner Anfechtung. Man hat vom Standpunkt des Absenders aus die Erklärung vielmehr als von Anfang an nichtig anzusehen.

[1]) Beispiel von Dernburg I, S. 490.

Eine andere Frage freilich ist die, ob nicht der Bote, dem jene falsche Erklärung ihre Entstehung verdankt, dem Empfänger gegenüber irgendwie daraus verpflichtet ist. In dieser Hinsicht wird nun der uns jetzt beschäftigende Fall genau so liegen, wie jener bereits erörterte, daß eine Mittelsperson, ohne dazu einen Auftrag zu haben, eine Erklärung für einen anderen abgab.[1])

Daß der von uns eingenommene Standpunkt, den § 120 nur bei einer „unrichtigen Übermittelung" im eigentlichen Sinne anzuwenden, dagegen nicht bei Vorliegen einer Willenserklärung „von ganz anderer Art," der einzig richtige sein kann, ergibt schließlich auch noch die folgende Erwägung. Es ist doch sehr leicht möglich, daß die dem Boten aufgetragene Erklärung durch diesen beim Ausrichten in der einen oder anderen Beziehung entstellt wird. Mit Rücksicht darauf kann man behaupten, daß der sich eines Boten bedienende Absender stets damit rechnen muß, daß es seiner Erklärung so ergehen kann, und daß es seine Sache ist, sich dagegen durch geeignete Vorkehrungsmaßregeln, wie etwa besondere Vereinbarungen mit dem Empfänger, zu schützen. Das Gebundensein bezw. eine etwaige Haftung des Absenders erscheint insoweit durchaus angebracht. Hingegen kann der Absender unmöglich damit rechnen, daß der von ihm verwendete Bote statt der ihm aufgetragenen Erklärung eine solche „von ganz anderer Art" übermitteln wird. Wenn er auch beim gewöhnlichen Verlauf der Dinge zwar auf eine Entstellung seiner Willenserklärung durch den Boten gefaßt sein muß, so braucht er aber unter normalen Verhältnissen nie anzunehmen, daß durch die Mittelsperson aus seiner Erklärung eine solche von ganz anderer Art gemacht werden wird. Den daraus entstehenden Schaden hat der Absender nicht verursacht und deshalb auch nicht zu vertreten. Daß irgendwelche Haftung des Absenders hier von vornherein ausgeschlossen erscheinen muß, ist recht und billig, da sonst, wie Dernburg[2]) treffend bemerkt,

> „jeder, welcher auch nur ein unbedeutendes Geschäft durch einen Boten bestellt, sein Hab und Gut der Bosheit desselben preisgibt."

Schließlich sei noch einem Einwand entgegengetreten, der von den Gegnern jener Unterscheidung zwischen einer unrichtig übermittelten Willenserklärung und einer solchen „von ganz anderer

---

[1]) vergl. § 9 dieser Arbeit.

[2]) I, S. 490 Anm. 33.

Art“ des öfteren vorgebracht wird. Sie weisen nämlich auf den bekannten Kölner Telegraphenfall[1]) hin, der den ersten Anstoß zu der gesetzlichen Regelung dieses Gebietes gegeben hat, und betonen, daß hier das aufgetragene „Kaufen“ doch auch etwas ganz anderes wie das übermittelte „Verkaufen“ gewesen sei und dennoch unbestritten in einem solchen Falle § 120 zur Anwendung komme. Fleck[2]) meint, „wenn man jene berühmte Verwechselung der Worte „Kaufen“ und „Verkaufen“, wodurch ein Verlust von 40000 Talern entstand, noch unbedenklich unter den Begriff der „unrichtigen Übermittelung“ stelle, so sei garnicht abzusehen, was man nicht darunter bringen könne.“

Dem aber ist entgegenzuhalten, daß dieser Fall mit gutem Grund noch unter den Begriff der „unrichtigen Übermittelung“ zu rechnen ist. Denn es kommt, wie schon oben bei der Besprechung des sogen. Veranlassungsprinzips hervorgehoben wurde, einzig und allein darauf an, ob dem Absender die Erklärung in der unrichtigen Form noch derart zuzurechnen ist, daß man sagen kann, der Absender habe zu ihr die Veranlassung gegeben. Man wird dies dann tun können, wenn, wie Meyer[3]) betont, „der Erklärende die Veranlassung dazu gegeben hat, daß die dem Vertragsgegner allein erkennbare Erklärung des Willens eine Form annahm, die dem inneren Willen nicht entsprach.“

Ist dies nun der Fall, so muß er ohne weiteres bei erfolgter Anfechtung eben auf Grund des hier herrschenden Veranlassungsprinzips für den dem Gegner durch die Unwirksamkeit der Erklärung entstehenden Schaden in dem in § 122 näher bestimmten Umfange aufkommen. In dem bekannten Telegraphenfall hat zweifellos der Absender des Telegramms mit dessen Absendung auch gleichzeitig schon den Anlaß zu der Entstellung der Erklärung gegeben, sodaß seine Haftbarmachung durchaus gerechtfertigt erscheint.

Der Absender ist dagegen dann nicht für den Schaden verantwortlich, der entsteht, wenn anstatt der von ihm zur Übermittelung aufgetragenen Willenserklärung eine solche „von ganz anderer Art“ dem Empfänger bestellt wird, und zwar deshalb, da er eben zu der letzteren keineswegs den Anlaß gegeben hat.

---

[1]) Vergl. S. 61 dieser Arbeit.

[2]) S. 397.

[3]) S. 93.

§ 16.

Die unrichtige Übermittelung ist auf Vorsatz des Boten zurückzuführen.

Die bedeutsamste und deshalb am meisten erörterte Frage bezüglich der unrichtigen Übermittelung ist die, ob § 120 auch dann anzuwenden sei, wenn der Bote vorsätzlich die ihm aufgetragene Erklärung entstellt hat. Die gegenteiligen Meinungen stehen sich in der Literatur hier schroff gegenüber.

Für die Anwendung von § 120 entscheiden sich Breit[1]), Brock[2]), Cosack[3]), Engelmann[4]), Enneccerus[5]), Fleck[6]), Goldmann-Lilienthal[7]), Josef[8]), Matthias[9]) und Planck.[10]) Dagegen nehmen Stellung vor allem Crome[11]), Dernburg[12]), Haidlen[13]), Hölder[14]) und Staudinger.[15])

Wie aus den Materialien zum BGB. hervorgeht, ist die Regelung dieser Frage auch in den verschiedenen Gesetzentwürfen mannigfaltigen Schwankungen unterworfen gewesen.

Nach dem von Gebhard ausgearbeiteten Vorentwurf des allgemeinen Teils des BGB. (1881) sollte nach § 100 desselben eine Haftung des Absenders für eine unrichtige Mitteilung seines Willens durch die damit beauftragte Mittelsperson dann ausgeschlossen sein, wenn jene in Umständen, „welche außer aller Berechnung lagen“, ihren Grund hatte. Mit Bezug hierauf betont Gebhard[16]) in der „Begründung“ zu seinem Entwurf noch besonders,

---

1) S. 161.
2) S. 109.
3) I, S. 226.
4) S. 105.
5) I, S. 364.
6) S. 396.
7) I, S. 151.
8) S. 404.
9) I, 215.
10) I, S. 217.
11) I, S. 422.
12) I, S. 490.
13) I, S. 267.
14) I, S. 266.
15) S. 355.
16) S. 111.

daß „diese Ausdrucksweise wohl auch den Fall decke, wenn die mit der Übermittelung der Willenserklärung betraute Mittelsperson dieselbe wissentlich falsch übermittele.“

In dem seitens der ersten Kommission festgestellten 1. Entwurf (§ 101) sodann wurde die Entscheidung bezüglich der Haftung davon abhängig gemacht, ob dem Erklärenden selbst eine Fahrlässigkeit bei der Auswahl oder Instruktion der Mittelsperson zur Last fiel oder nicht, sodaß er also auch hier in der Regel, (wenn er nicht gerade insofern fahrlässig gehandelt hatte, als er einen ganz unzuverlässigen Boten verwendete,) bei vorsätzlich unrichtiger Übermittelung durch den Boten in keiner Weise gebunden war.

Nach dem 2. Entwurf sollte der Erklärende stets bei unrichtiger Übermittelung, ohne Rücksicht auf sein Verschulden, schadensersatzpflichtig sein, und nur der eine Fall ausgenommen sein, „wenn die Unrichtigkeit der Übermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat.“ Schon damals wurde hier hinsichtlich der vorsätzlichen Entstellung die Frage aufgeworfen, ob auch eine solche unter jenen Begriff der höheren Gewalt falle.

Gerade mit Rücksicht auf die Unsicherheit, die durch die Zulassung einer so dehnbaren Ausnahmebestimmung entstanden wäre, hat indes die Reichstagskommission deren Streichung beschlossen, mit der sehr richtigen Begründung, „daß für den Geschädigten der Grund der unrichtigen Übermittelung vollkommen gleichgültig sei.“

So ist dann schließlich § 120 in seiner jetzigen ganz allgemeinen Fassung zur Annahme gelangt, wonach „eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittelung verwendete Person . . unrichtig übermittelt worden ist, . . . angefochten werden kann,“ ohne daß hierbei irgend eine Einschränkung hinsichtlich des Grundes der unrichtigen Übermittelung vorgesehen ist.

Sowohl aus dem angeführten Wortlaut jener Vorschrift als auch aus ihrer ganzen eben erörterten Entstehungsgeschichte werden wir also den Schluß ziehen müssen, daß der Gesetzgeber durch § 120 nicht nur die fahrlässige, sondern ebenso auch die vorsätzliche „unrichtige Übermittelung“ geregelt wissen wollte.

Aus Gründen der Billigkeit aber wird man bei der vorsätzlich unrichtigen Übermittelung eine Haftung des Absenders jedoch dann nicht mehr annehmen können, wenn die durch Vorsatz bewirkte Entstellung nach dem normalen Verlauf der Dinge ganz außer-

halb aller Berechnung gelegen hatte. Nehmen wir den Fall, daß der Postbeamte das vom Absender zur Beförderung übergebene Telegramm aus Bosheit verfälscht hat. Es wäre höchst unbillig, wenn man auch dann den Absender zum Ersatz des Schadens verpflichten wollte, da er mit jener Möglichkeit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht zu rechnen brauchte.

Im übrigen aber ist die vom Gesetz gewollte Gleichstellung der vorsätzlichen und der fahrlässigen unrichtigen Übermittelung durchaus zu billigen. Denn, wie schon angedeutet wurde, würde anderenfalls eine große Unsicherheit des Verkehrs eintreten, da es oft nur schwer festgestellt werden könnte, ob die Mittelsperson nur fahrlässig oder vorsätzlich die Erklärung unrichtig übermittelt hat.

Wird von der unrichtigen Übermittelung die ursprüngliche Willenserklärung nur in der einen oder anderen Hinsicht betroffen, — und nur dann liegt, wie wir oben[1]) gesehen haben, eine „unrichtige Übermittelung" nach § 120, im Gegensatz zu einer solchen „von ganz anderer Art" vor, — so wird oft nur die Mittelsperson selbst es wissen, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt. Wie will man denn z. B. den Fall beurteilen, daß der Bote, der eine Kiste Zigarren holen soll, in Wirklichkeit deren zwei besorgt? Weder Absender noch Empfänger jener Willenserklärung werden es hier von sich aus beurteilen können, ob der Bote aus Vorsatz oder aber nur aus Fahrlässigkeit gehandelt hat. Die Entscheidung hierüber aber von der Aussage des Boten allein abhängig zu machen, ist bedenklich, weil der Bote dann, wenn er absichtlich unrichtig übermittelt, in jedem Falle schadensersatzpflichtig ist, und somit die Gefahr nahe liegt, daß er angibt, es liege nur Fahrlässigkeit vor, um so die Haftung des Herrn in erster Linie herbeizuführen.

Die Befürchtung Dernburgs[2]), daß dann, wenn die Haftung des Absenders auch auf die dolos falsche Ausrichtung einer Botschaft ausgedehnt werde, „ein jeder, welcher auch nur ein unbedeutendes Geschäft durch Boten bestelle, sein Hab und Gut der Bosheit desselben preisgebe," ist durchaus unbegründet.

Denn, wie schon oben[3]) nachgewiesen wurde, findet auf alle die Fälle, daß statt der ursprünglichen Willenserklärung eine solche

[1]) vgl. § 15 dieser Arbeit.
[2]) I, S. 490.
[3]) vgl. § 15 dieser Arbeit.

„von ganz anderer Art" übermittelt wurde, — gerade hier aber wird in der Regel Vorsatz des Boten vorliegen, — § 120 keine Anwendung. Liegt aber eine „unrichtige Übermittelung" gemäß § 120, und zwar vorsätzlicher Art vor, so wird die Haftung des Absenders auch nicht bedeutender sein, als sie bei fahrlässigem Handeln des Boten, womit jener aber bei Verwendung eines solchen stets rechnen mußte, gewesen wäre.

Einer allzugroßen Härte wird sodann durch den weiter unten noch des näheren zu besprechenden § 122 BGB. vorgebeugt, nach dem eine Schadensersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtung, also die unrichtige Übermittelung, kannte oder kennen mußte. Auch diese Vorschrift wird natürlich in gleicher Weise gegenüber der fahrlässigen wie auch einer vorsätzlichen unrichtigen Übermittelung Platz greifen.

Alles in allem kommen wir also zu dem Ergebnis, daß keinerlei Bedenken bestehen, den § 120 auch dann anzuwenden, wenn die unrichtig übermittelte Erklärung auf den Vorsatz des Boten zurückzuführen ist.

§ 17.

Die unrichtige Übermittelung beruht auf höherer Gewalt.

Die Besprechung der Frage, wie zu entscheiden ist, wenn die unrichtige Übermittelung durch höhere Gewalt veranlaßt ist, wird sich eng an den vorerwähnten Fall anschließen, wo die unrichtige Übermittelung auf das vorsätzliche Handeln des Boten zurückzuführen war.

Schon aus der dort eingehend besprochenen Entstehungsgeschichte des § 120 war zu ersehen, daß der uns jetzt beschäftigende Fall vom Gesetzgeber stets in enger Verbindung mit jenem erörtert und entschieden wurde. Wir brauchen deshalb jetzt hier nicht nochmals im besonderen darauf einzugehen. Es genügt vielmehr der Hinweis, daß zwar nach allen Entwürfen des BGB. durch besondere Bestimmung die an sich infolge der unrichtigen Übermittelung begründete Haftung des Absenders dann ausgeschlossen sein sollte, wenn die unrichtige Übermittelung auf Umständen beruhte, die außer aller Berechnung lagen, wobei man vorzugsweise gerade den Fall der durch höhere Gewalt erfolgten Beeinflussung der zu übermittelnden Willenserklärung im Auge hatte. Es ist indes bereits erwähnt worden, daß durch die Reichs-

tagskommission die Zulassung einer derartigen Ausnahme bezüglich der Haftung bei unrichtiger Übermittelung prinzipiell abgelehnt wurde. Infolgedessen weist auch die Bestimmung des § 120 eine ganz allgemeine Fassung auf, ohne irgendwie auf den Gruud der unrichtigen Übermittelung näher einzugehen.

Das Gesetz geht davon aus, daß der Empfänger auch bei einer unrichtigen Übermittelung geschützt sein soll. Liegt eine solche vor, so ist nicht einzusehen, warum die Haftung des Absenders, die bei Fahrlässigkeit, ja selbst bei vorsätzlichem Handeln, gegeben ist, gerade im Falle des Vorliegens der höheren Gewalt nicht stattfinden soll, da es doch für den Empfänger ganz gleichgültig sein muß, worauf die unrichtige Übermittelung zurückzuführen ist, wenn nun einmal überhaupt sein Vertrauen auf die ihm zugegangene Erklärung geschützt werden soll. Es wäre unbillig, die Haftung des Absenders, die eintreten würde, wenn der von diesem verwendete Bote die Erklärung aus Fahrlässigkeit oder Vorsatz unrichtig übermittelte, dann für ausgeschlossen zu erklären, wenn dies z. B. auf Geisteskrankheit des Boten, — höhere Gewalt, — zurückzuführen wäre.

Eine allzuweit gehende Haftung des Absenders des Boten wird dadurch verhütet, daß selbstverständlich auch hier wieder beim Vorliegen einer Willenserklärung „ganz anderer Art" aus dem oben[1]) bereits erörterten Grunde § 120 nicht zur Anwendung kommt, mithin der Absender eines Boten keineswegs genötigt ist, für Erklärungen, die ohne jeglichen Zusammenhang mit dem von ihm geäußerten Willen stehen, irgendwelche Haftung zu übernehmen.

§ 18.

Die Willenserklärung ist einem falschen Adressaten übermittelt.

Die bisher besprochenen Fälle hatten alle das gemeinsam, daß überall die Willenserklärung selbst es war, die von der durch den Boten erfolgten unrichtigen Übermittelung betroffen wurde. Es kann nun aber auch vorkommen, daß die Willenserklärung selbst an sich ihrem Inhalt nach ganz richtig, trotzdem jedoch sonst in unrichtiger Weise übermittelt wurde. Vor allem ist hier der Fall in Erwägung zu ziehen. daß die Willenserklärung durch den

---

1) vgl. § 15 dieser Arbeit.

Boten nicht an den für sie bestimmten Empfänger, sondern an einen falschen Adressaten übermittelt wird.

Es wird sich auch hier nun darum handeln, ob dieser Tatbestand überhaupt unter § 120 fällt oder nicht.

Aus der Fassung des Gesetzestextes selbst geht, wenn wir von dem aus der Gleichstellung der „unrichtig übermittelten" Erklärung des § 120 mit der „irrtümlich abgegebenen" des § 119 bereits oben[1]) gezogenen Schlusse absehen, nicht hervor, wie weit man den Begriff „unrichtige Übermittelung" aufzufassen hat, und es stehen sich infolgedessen hier die beiden gegenteiligen Meinungen gegenüber, daß die einen § 120 in dem vorliegenden Falle ohne weiteres zur Anwendung kommen lassen wollen, die anderen aber sich scharf gegen eine solche Ausdehnung jener Bestimmung aussprechen.

Zu den ersteren wird man alle die Schriftsteller rechnen dürfen, die — und es sind deren viele — sich überhaupt nicht auf eine nähere Erläuterung des Begriffes „unrichtige Übermittelung" einlassen, vielmehr es wohl für selbstverständlich zu halten scheinen, daß auch in dem uns jetzt beschäftigenden Falle § 120 anzuwenden sei. (So u. a. Staudinger, Planck, Hölder, Endemann.) Mit Bestimmtheit indes entscheiden sich für die Anwendbarkeit von § 120 auch bei der Abgabe der Willenserklärung an die falsche Adresse u. a. Fleck[2]), Oertmann[3]), Cosack[4]), Matthias[5]), Kohler[6]), Aßmann[7]), v. Hase[8]).

Als Vertreter der gegenteiligen Meinung seien angeführt vor allem Josef, Franke und Boswinkel. Zwecks ihrer Widerlegung sei im folgenden des näheren auf ihre Ausführungen eingegangen, vorerst aber nochmals bemerkt, daß sie zwar allgemein eine unrichtige Übermittelung im Sinne von § 120 dann annehmen, wenn die vom Geschäftsherrn dem Boten aufgetragene Willenserklärung selbst durch des letzteren Tätigkeit einen anderen Inhalt erhalten hatte, und so zu einer unrichtigen geworden war. Keineswegs aber könne nach ihrer Meinung § 120 auch dann zur An-

[1]) vgl. § 10 dieser Arbeit, am Ende.
[2]) S. 397
[3]) I, S. 372.
[4]) I, S. 225.
[5]) I, S. 192.
[6]) I, S. 505.
[7]) S. 110.
[8]) S. 37.

wendung kommen, wenn die Erklärung durch den Boten an eine falsche Person überbracht sei, da hier nicht die Erklärung an sich eine unrichtige, sondern ihrem Inhalt nach richtig übermittelt worden wäre.

Die Anhänger dieser Meinung scheinen bei jener Begrenzung insgesamt davon auszugehen, daß sie unter der „übermittelnden" Tätigkeit des Boten nur das Herstellen einer unmittelbaren Beziehung zwischen dem Geschäftsherrn und der genau bestimmten Person des Gegenkontrahenten verstehen.

Nur so kann man es sich wenigstens erklären, wie z. B. Josef[1]) zu der Behauptung kommt, „es sei Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 120, daß die Willenserklärung dem Adressaten, also dem, für den sie bestimmt sei, zugegangen sei; gehe sie aber aus irgend einem Grunde nicht dem Adressaten, sondern einem Dritten zu, so sei der Absender überhaupt nicht verpflichtet."

Franke[2]) sodann geht davon aus, daß das Wort „unrichtig" in § 120 sich lediglich auf den Inhalt der Willenserklärung, aber nicht auf die Art und Weise der Übermittelung beziehe. Demgemäß scheidet er den Fall der Übermittelung der Willenserklärung an eine falsche Adresse in seiner Erläuterung des § 120 gänzlich aus.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt auf Grund einer eingehenden Untersuchung auch Voswinkel[3]). Während Josef und Franke die von ihnen geforderte Einschränkung des § 120 keineswegs des näheren zu rechtfertigen suchen, ermöglicht es die genauere Behandlung dieser Frage durch Voswinkel, jenes Ergebnis nachzuprüfen.

Letzterer begeht nun zunächst den Fehler, daß er bei der in Rede stehenden Übermittelung an die falsche Adresse vonvornherein von den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslehre ausgeht:[4]) „Ein Vertrag kann nicht zustande kommen, da die Offerte dem wirklichen Adressaten überhaupt nicht zugegangen ist, an den Empfänger aber nicht adressiert war."

Es kommt nun aber nicht darauf an, ob dieser Umstand, für sich betrachtet, vonvornherein die Nichtigkeit des Vertrages bewirkt hätte, sondern man hat zunächst davon auszugehen, ob der Vertrag nicht wenigstens äußerlich zustande gekommen zu sein scheint. Anderenfalls würden die besonderen Anfechtungs-

---

[1]) S. 405.

[2]) S. 31.

[3]) S. 40/42.

[4]) S. 42.

bestimmungen des Gesetzes überhaupt überflüssig sein. Mit demselben Rechte könnte man dann auch bei einer ihrem Inhalte nach unrichtig übermittelten Erklärung, wenn man diesen Umstand vonvornherein in Betracht zieht, ohne Rücksicht darauf, was äußerlich als Inhalt des Vertrages zustande gekommen ist, sofort Nichtigkeit des Vertrages annehmen, weil über den Inhalt des Vertrages in Wirklichkeit eine Einigung nicht stattgefunden habe.

Wenn nun die Offerte einer anderen Person als der, an die sie in Wahrheit gerichtet sein sollte, zugegangen und von dieser angenommen ist, so ist eben äußerlich der Vertrag zustande gekommen. Welche Bedeutung dann aber jenem Irrtum beizulegen ist, das soll nach dem Willen des Gesetzes von besonderen Gesichtspunkten aus beurteilt werden, die eine Gewähr dafür bieten sollen, daß nicht jeder beliebige Irrtum ohne weiteres die äußerlich eingetretenen Wirkungen des Vertrages wieder aufheben kann, und die deshalb in besonderen Bestimmungen niederlegt sind. Man muß daher in einem solchen Falle zunächst von diesen besonderen Bestimmungen ausgehen, mithin bei der hier in Frage stehenden „unrichtigen Übermittelung" erst die Anwendbarkeit des § 120 prüfen.

In dem dann schließlich noch nebenbei erwähnten § 120 will Voswinkel[1]) weiterhin den Begriff „unrichtige Übermittelung" nur dahin verstanden wissen, „daß die Willenserklärung selbst in entstellter Form beim Empfänger anlangt."

Sowie man freilich — und nun kommen wir auf den Kernpunkt der ganzen Streitfrage — das Wort „unrichtig" im Sinne von „entstellt" auslegt, würde, wie ohne weiteres zuzugeben ist, die Anwendbarkeit des § 120 auf jenen einen Fall beschränkt werden, da eine „Entstellung" nur bezüglich des Inhalts der Willenserklärung möglich ist. Anderseits aber ergibt gerade der Sprachgebrauch, daß man mit den Worten „eine Erklärung ist »unrichtig« übermittelt" zwei Möglichkeiten zum Ausdruck bringen kann, nämlich sowohl den Fall, daß die Erklärung ihrem Inhalt nach eine Veränderung erfahren hat, als aber auch den Fall, daß die Übermittelung der Erklärung als solche in unrichtiger Weise vor sich gegangen ist, wie z. B. eben dadurch, daß die Erklärung einer anderen Person, als der, für die sie bestimmt war, überbracht worden ist.

Das Gesetz hat nun in § 120 den Ausdruck „unrichtig", also den weitergehenden Begriff verwendet. Es liegt durchaus

[1]) S. 42.

kein Grund vor, die Tragweite des verwendeten Begriffs irgendwie einzuschränken. Umsoweniger aber wird man dies in dem oben erwähnten Sinne tun dürfen, als es ja gerade durch Verwendung des Ausdrucks „entstellt“ dem Gesetzgeber möglich gewesen wäre, die Anwendbarkeit des § 120 wirklich auf den einen Fall zu beschränken, wo allein der Inhalt der Erklärung von der unrichtigen Übermittelung betroffen wird. Man wird vielmehr gerade daraus, daß dies nicht geschehen ist, obwohl es sprachlich so leicht möglich gewesen wäre, folgern können, daß der Gesetzgeber in der Tat unter „unrichtiger“ Übermittelung auch den Fall verstanden wissen wollte, daß die Erklärung dem falschen Adressaten zugegangen war.

§ 19.

Die Willenserklärung ist nicht rechtzeitig durch den Boten dem Empfänger übermittelt.

Entsprechend dem von uns vertretenen und oben[1]) bereits näher begründeten Standpunkte, die Anwendung von § 120 nicht nur beim Vorliegen einer durch den Boten inhaltlich entstellten Willenserklärung, sondern ganz allgemein auch dann zuzulassen, wenn die Mittelsperson sonst „in unrichtiger Weise“ den vom Herrn erhaltenen Auftrag übermittelt hat, werden wir dem Herrn auch dann das Anfechtungsrecht aus § 120 zusprechen, wenn der von ihm verwendete Bote die ihm aufgetragene Willenserklärung **nicht rechtzeitig** dem Empfänger übermittelte.

Man denke z. B. an den von **Falkmann**[2]) erwähnten Fall, daß der Bote, der ein Telegramm seines Herrn, das eine dringende Kaufofferte enthält, zur Post bringen soll, dieses erst an einem der nächsten Tage aufgibt. Da der Offerent in der angemessenen Zeit keine Nachricht erhält, so macht er die gleiche Kaufofferte einem anderen. Nun erklären beide die Annahme des ihnen gemachten Angebots.

Der Offerent wird hier die zuerst gemachte Offerte mit Rücksicht auf ihre nicht rechtzeitige Übermittelung nach § 120 anfechten und so sich von seiner doppelten Verpflichtung befreien können. Eine offensichtliche Benachteiligung des ersten Oblaten ist hierbei dadurch ausgeschlossen, daß das Anfechtungsrecht gemäß der weiteren

---

[1]) vergl. § 18 dieser Arbeit.

[2]) S. 55.

Bestimmung dem Absender nur dann gegeben sein soll, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Der Absender wird also stets dann von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch machen können, wenn es ihm an sich gleichgültig sein mußte, ob seine Erklärung auch ganz rechtzeitig dem Empfänger übermittelt wurde oder nicht, und keineswegs schon auf die bloße verspätete Übermittelung als solche allein seine Anfechtung stützen können.

Handelte es sich in dem obigen Falle um die Offerte eines Geschäfts, das der Offerent auch mit zweien oder mehreren gleichzeitig abschließen konnte, wobei der doppelte Abschluß zu jener Zeit sogar in seinem Interesse gelegen hätte, so wird ihm wegen jener vom Gesetz vorgesehenen Einschränkung ein Anfechtungsrecht nicht zustehen.

Betraf jene Offerte aber ein Geschäft, das er nur einmal mit einem von jenen abschließen konnte oder wollte, so wird er die Wirksamkeit seiner ersten Offerte durch Anfechtung beseitigen können und diese mit Recht auf ihre nicht rechtzeitige Übermittelung stützen können.

Zum Schluß sei hier noch darauf hingewiesen, daß bei dem uns jetzt beschäftigenden Falle mitunter durch die nicht rechtzeitig erfolgte Übermittelung gleichzeitig auch eine freilich nach außen hin nicht ohne weiteres erkennbare Entstellung der Willenserklärung ihrem Inhalte nach verursacht worden sein kann und dann schon aus diesem Grunde das Anfechtungsrecht aus § 120 gegeben sein wird.

Man denke z. B. an den Fall, daß der Auftrag zum Abschluß eines Börsengeschäfts, bei dem es auf jede Stunde ankommen kann, durch den Boten zu spät übermittelt, vom Empfänger aber dem erhaltenen Auftrag ganz entsprechend ausgeführt wird, obwohl der Auftrag aber nur für einen bestimmten Tag gelten sollte, an dem der Abschluß des Geschäfts für den Herrn des Boten besonders vorteilhaft gewesen wäre, während an dem späteren Tage, an dem die Übermittelung in Wirklichkeit erfolgte, vielleicht gerade das Gegenteil der Fall war.

Sicherlich hat dann die Erklärung, wenn sie auch äußerlich in beiden Fällen ganz gleich lautet doch eine ganz verschiedene Bedeutung für deren Urheber und liegt schon insoweit unrichtige Übermittelung derselben vor.

§ 20.

Die Willenserklärung wird nicht auf dem vorgeschriebenen Beförderungswege übermittelt.

In engem Zusammenhange mit der uns im vorigen Falle beschäftigenden Frage steht der Fall, daß die Willenserklärung durch den Boten nicht auf dem vom Herrn besonders vorgeschriebenen Beförderungswege übermittelt wurde. Wie vorhin der Zeitpunkt der Übermittelung, so ist jetzt deren Beförderungsart durch den Boten eine andere geworden.

Wenn auch in diesen beiden Fällen die Erklärung des Herrn an sich gar keine Veränderung erfährt, so ist doch auch hier wieder ebenso wie vorhin infolge jenes Umstandes sein eigentlicher Wille nicht genügend beachtet worden, was aber mitunter für ihn von besonderen Folgen sein kann. Der Absender kann nämlich gerade deshalb für die Übermittelung seiner Erklärung einen besonderen Beförderungsweg angeordnet haben, um sich so die Möglichkeit eines weiteren Einflusses auf seine Erklärung insofern zu sichern, als er etwa von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen will, das ihm nach § 130 BGB. solange zusteht, als die Erklärung dem Adressaten noch nicht zugegangen ist. Ist diese nun aber infolge einer seinem Willen nicht entsprechenden, schnelleren Beförderung bereits zugegangen, so würde auf diese Weise dem Herrn die Ausübung seines Widerrufsrechts unmöglich gemacht sein. In einem solchen Falle aber würde ihm das Anfechtungsrecht aus § 120 helfend zur Seite stehen, das er also auf die in der erfolgten Abweichung vom vorgeschriebenen Beförderungswege liegende unrichtige Übermittelung stützen könnte.

Wie im vorigen Falle würde einem Mißbrauch jenes Anfechtungsrechts dadurch vorgebeugt sein, daß dieses ja wieder nur dann geltend gemacht werden darf, wenn angenommen werden kann, daß der Absender bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles jene Erklärung nicht abgegeben hätte.

Vierter Abschnitt.

Die Anfechtung der unrichtig übermittelten Willenserklärung.

§ 21.

Voraussetzung der Anfechtung.

Wie schon oben erwähnt wurde, ist nach § 120 die unrichtig übermittelte Willenserklärung hinsichtlich der Anfechtung einer irrtümlich abgegebenen Erklärung im Sinne von § 119 insofern gleichgestellt, als auch bei ihr die Anfechtung nur dann zulässig sein soll, „wenn anzunehmen ist, daß er (der erklärende Absender) sie (die unrichtig übermittelte Erklärung in dieser Form) bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde."

Es soll also die Tatsache allein, daß eine Willenserklärung durch die zur Übermittelung verwendete Person unrichtig übermittelt worden ist, noch nicht zu deren Anfechtung ausreichen. Vielmehr muß die unrichtig übermittelte Erklärung als solche von der ursprünglichen, wie sie der Absender in dem Auftrage an den Boten zum Ausdruck brachte, so erheblich abweichen, daß es dem Absender nicht zugemutet werden kann, auch die Erklärung in ihrer unrichtigen Form noch als seine eigene gelten zu lassen. Im Gegenteil, es muß die Annahme gerechtfertigt sein, daß er die Erklärung in jener falschen Form keinesfalls abgegeben hätte.

Bei dieser Beurteilung aber soll weiterhin nicht bloß von dem nächstliegenden Umstande ausgegangen werden, wie sich der Anfechtende selbst zu dieser Frage gestellt und bei „Kenntnis der Sachlage" gehandelt hätte, wobei auch auf die Lebensgewohnheiten und etwaige Eigentümlichkeiten desselben Rücksicht genommen werden müßte und so in Wirklichkeit ausschließlich immer die Person des Anfechtenden den Ausschlag geben würde. Es soll vielmehr auch darauf ankommen, wie der Anfechtende bei einer „verständigen Würdigung des Falles" gehandelt hätte. Damit wird ein Eingehen auf die Besonderheiten gerade des jeweils vorliegenden einzelnen Falles, im Gegensatz zu dem ersterwähnten Erfordernis einer allgemeinen Beurteilung nach der Person des Anfechtenden, verlangt.

Als Maßstab für die „verständige Würdigung“ wird man das Verhalten eines „bonus pater familias“ in dem fraglichen Falle anzusehen haben, dem aber in der Regel diejenige Auffassung entsprechen wird, wie sie der Verkehr im allgemeinen einem derartigen Falle zuteil werden läßt. Indes soll diese Auffassung hier für sich allein nicht ausschlaggebend sein, vielmehr auch hierbei die persönlichen Verhältnisse des Anfechtenden ihre Berücksichtigung finden, die dann aber allerdings ebenfalls nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen sind, und zwar so, daß alle Anschauungen des Erklärenden, die im Widerspruch zu jener allgemeinen Auffassung stehen, unberücksichtigt bleiben müssen.

Die Entscheidung der Frage, ob jene Voraussetzung der Anfechtung der unrichtig übermittelten Erklärung vorliegt oder nicht, ist also nicht rechtlicher, sondern lediglich tatsächlicher Natur und demgemäß in jedem Falle gesondert zu treffen.

§ 22.

Die Anfechtung selbst.

Während nach bisherigem Rechte die Anfechtung nur im Wege der Klage geltend gemacht werden konnte, erfolgt sie jetzt, wenn es sich um ein anfechtbares Rechtsgeschäft handelt, wie das ja auch bei dem uns beschäftigenden § 120 der Fall ist, gemäß § 143 BGB. durch bloße Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

Hierbei ist es weder erforderlich, daß etwa der Ausdruck „Anfechtung“ in irgend einer Weise verwendet wird, noch daß der Grund der Anfechtung im besonderen genannt wird. Es genügt, wie in einer Entscheidung des Reichsgerichts[1]) ausgesprochen ist, wenn sich aus der Erklärung der Wille des Erklärenden ergibt, daß das Rechtsgeschäft unwirksam sein solle. Man wird also auch stillschweigend durch konkludente Handlungen, — z. B. durch Rücksendung der vom Boten auf Grund der unrichtig übermittelten Erklärung überbrachten Waren — von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen können und damit in rechtlich wirksamer Weise die Anfechtung zum Ausdruck bringen, vorausgesetzt nur, daß aus der vorgenommenen Handlung selbst deutlich der Wille zu ersehen ist, daß man an jenes Geschäft nicht mehr gebunden sein will.

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 65, S. 88.

Mit Rücksicht auf den letzterwähnten Umstand wird es daher anderseits noch nicht als zur Anfechtung ausreichend angesehen werden können, wenn der Geschäftsherr dem Gegner lediglich den Grund der Anfechtung, in unserem Falle also die unrichtig erfolgte Übermittelung, an sich mitteilt, da aus einer solchen Erklärung sich nicht ersehen läßt, ob nun der Absender an das Geschäft trotz der unrichtigen Übermittelung gebunden sein will, oder aber ob er auf Grund derselben von ihm nichts mehr wissen will.

Bezüglich der Art der Erklärung der Anfechtung ist noch zu bemerken, daß kraft besonderer Gesetzesbestimmung (§ 143, Abs. 2 bis 4 BGB.) als Anfechtungsgegner bezeichnet ist bei einem Vertrage der andere Teil, bei einem einseitigen, einem anderen gegenüber vorzunehmenden Rechtsgeschäfte (z. B. Kündigung) dieser andere, bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte anderer Art (z. B. Auslobung) jeder, der auf Grund desselben unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat.

In dem von uns zu erörternden Falle der unrichtigen Übermittelung ist indes für die Anfechtung eine zeitliche Beschränkung durch das Gesetz vorgesehen. § 121 BGB. trifft nämlich die Bestimmung, daß „eine auf § 120 gestützte Anfechtung unverzüglich erfolgen muß, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat."

Keineswegs ist das Wort „unverzüglich" in der eben angeführten Vorschrift etwa als gleichbedeutend mit „sofort" aufzufassen, das Gesetz selbst gibt vielmehr an der genannten Stelle an, daß jener Ausdruck soviel wie „ohne schuldhaftes Zögern" zu bedeuten habe. Die Anfechtung einer unrichtig übermittelten Willenserklärung braucht mithin nicht sofort zu erfolgen, nachdem jene Unrichtigkeit festgestellt worden ist, sie wird vielmehr so lange noch mit rechtsverbindlicher Kraft erklärt werden können, als der Gegner dem Anfechtenden nicht den begründeten Vorwurf machen kann, daß er die Erklärung der Anfechtung durch seine Schuld verzögert habe. Die Entscheidung darüber, ob eine Anfechtung noch in diesem Sinne rechtzeitig erfolgt ist oder nicht, wird aus den Umständen des einzelnen Falles zu treffen sein. Ist aber diese vom Gesetz benannte Anfechtungsfrist nicht gewahrt, so ist die Anfechtung selbst für immer ausgeschlossen.

Des weiteren enthält § 121 bezüglich der Anfechtungsfrist noch die Bestimmung, daß die einem „Abwesenden" gegenüber

erfolgte Anfechtung bereits dann als „rechtzeitig“ erfolgt gilt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich „abgesendet“ worden ist. Es wird also hierdurch von dem Erfordernis abgesehen, daß die Anfechtungserklärung, die als eine an einen Abwesenden abgegebene nach § 130 BGB. erst in dem Zeitpunkte des Zugehens an diesen wirksam wird, eigentlich noch innerhalb der Anfechtungsfrist diesem auch zugehen müßte.

Mit Rücksicht darauf, daß der Anfechtungsberechtigte mitunter erst recht spät von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangen kann und dementsprechend die Anfechtungsfrist manchmal erst nach langer Zeit in Lauf gesetzt wird, hat das Gesetz, um einer Unsicherheit des Verkehrs nach Möglichkeit vorzubeugen, schließlich noch in § 121 BGB. die ganz allgemeine Bestimmung getroffen, daß „die Anfechtung dann ausgeschlossen sein soll, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verstrichen sind.“

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß das nach § 120 BGB. dem eigentlichen Urheber der Erklärung zustehende Anfechtungsrecht, — wenn wir von dem bereits erwähnten Fall der Versäumung der Anfechtungsfrist absehen, — auch dann ausgeschlossen ist, wenn das betr. Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird. (§ 144 BGB.) Hier wäre noch zu bemerken, daß auch eine solche Bestätigung, gerade so wie die oben erwähnte Anfechtung, an keine besondere äußere Form gebunden ist, vielmehr auf ihr Vorliegen auch aus einer konkludenten Handlung des Erklärenden, wie z. B. aus der bedingungslosen Erfüllung der ihm aus jenem Geschäft obliegenden Verpflichtungen, zu schließen sein wird.

Sowohl in den beiden zuletzt erwähnten Fällen, wo die Anfechtung infolge der Bestätigung oder der Fristversäumnis ausgeschlossen ist, als auch natürlich dann, wenn von dem Anfechtungsrechte überhaupt kein Gebrauch gemacht wird, ist die Willenserklärung trotz ihrer unrichtigen Übermittelung in dieser Form als vollgültig und den Geschäftsherrn verpflichtend anzusehen, da nur eine richtig erklärte Anfechtung ihr jene Wirkung zu nehmen imstande ist.

§ 23.

Die Folgen der Anfechtung.

Ist nun die oben[1]) erörterte Voraussetzung für die Anfechtbarkeit der unrichtig übermittelten Erklärung als gegeben anzunehmen und die Anfechtung selbst in rechtsverbindlicher Weise erklärt, so ist nach § 142 BGB. das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Anfechtung wirkt also mit rückwirkender Kraft und beseitigt alle bereits eingetretenen Wirkungen des vorher vorhandenen Rechtsgeschäfts, derart, daß, wie die Motive[2]) sagen, unter den Parteien der frühere Zustand von Rechtswegen wiederhergestellt wird. Die Sachlage ist also nach der Anfechtung genau die gleiche, als wenn das betreffende Geschäft vonvornherein als nichtig anzusehen gewesen wäre.

In § 122 BGB. ist indes für einige Fälle, unter denen sich auch der uns beschäftigende Fall der auf § 120 gestützten Anfechtung befindet, eine besondere Schadensersatzpflicht ausgesprochen, insofern nämlich bestimmt ist, daß „der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, anderenfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen hat, den der Andere oder der Dritte dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der Andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.“ Die Wissenschaft pflegt diesen Vertrauensschaden kurz mit dem Ausdruck „negatives Vertragsinteresse“ zu bezeichnen.

Es soll nun durch jene Bestimmung nicht etwa eine allgemeine Schadensersatzpflicht ausgesprochen werden, daß jeder Schaden, der sich für den anderen Teil irgendwie aus der Unwirksamkeit des Geschäftes ergeben könnte, ersetzt werden müsse; vielmehr wird erfordert, daß der entstandene Schaden sich unmittelbar auf das getäuschte Vertrauen zurückführen läßt, also ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem getäuschten Vertrauen besteht.

Es soll derjenige Schaden nur von jener Ersatzvorschrift betroffen werden, der sich aus der schließlich wider Erwarten eingetretenen Unwirksamkeit des Vertrages für den anderen Teil insofern ergeben kann, als dieser im Vertrauen auf die Gültigkeit des

---

1) vergl. § 21 dieser Arbeit.

2) Bd. I, S. 219.

äußerlich zustande gekommenen Geschäftes sein weiteres Handeln in einer bestimmten Weise eingerichtet haben kann, dieses also gewissermaßen auf der Grundlage der Gültigkeit jener Erklärung aufgebaut hat[1]). Schon die Billigkeit verlangt es, daß, wenn jene Grundlage nun infolge des dem anderen zustehenden Anfechtungsrechts zusammenbricht, wobei dem vertrauenden Teil doch nicht die geringste Schuld daran zuzuschreiben ist, dieser wenigstens so gestellt werden muß, als hätte er vonvornherein nicht mit der Gültigkeit des Vertrages gerechnet und dementsprechend nicht so gehandelt.

Der Erklärende ist aber vor allem auch auf Grund des Veranlassungsprinzips, das, wie oben näher gezeigt wurde, bei den anfechtbaren Willenserklärungen zur Anwendung kommen muß, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch seine fehlgegangene Erklärung dem auf deren Gültigkeit vertrauenden Empfänger entstanden ist. Denn der Erklärende war es, der mit seiner Erklärung den Anlaß dazu gegeben hat, daß der andere Teil sich nach dieser mit seinem eigenen Handeln richtete. Stets aber hat, wie Meyer[2]) mit Recht betont, „der den entstandenen Nachteil oder Schaden zu tragen, der in seiner Person die Veranlassung zu der entstandenen Inkongruenz gegeben hat.“

Als Regelfälle für jene Ersatzhaftung auf Grund von § 120 sind anzuführen einmal die Haftung für die Kosten, die der Vertrauende mit Rücksicht auf die Gültigkeit der Erklärung aufgewendet hat (z. B. die Übersendungskosten) und sodann die Haftung für den Schaden, der ihm daraus entstehen kann, daß er in Anbetracht seiner vermeintlichen Gebundenheit durch jenen Vertrag die Gelegenheit zu einem anderen Vertragsabschluß ähnlicher Art sich hat entgehen lassen, letzteres aber nur für den Fall, daß ihm jene Möglichkeit nunmehr dauernd entzogen ist.

Die Haftung für das negative Vertragsinteresse soll indes, wie des weiteren in § 122 bestimmt ist, nicht über den Betrag des sog. positiven oder Erfüllungsinteresses hinausgehen, welches der Andere oder der Dritte an der Gültigkeit der betreffenden Erklärung selbst hat. Auch diese Begrenzung der Haftpflicht des Anfechtenden auf der anderen Seite erscheint durchaus angebracht, wenn man bedenkt, daß man dem von seinem Anfechtungsrecht Ge-

---

[1]) vergl. Goldmann-Lilienthal. I, S. 148.

[2]) S. 96.

brauch machenden doch nicht zumuten kann, gerade infolge der Anfechtung dem anderen Teile mehr zu ersetzen, als er bei bestehen gebliebener Wirksamkeit des Geschäftes diesem zu leisten gehabt haben würde. Wäre für jene Haftung nicht diese Grenze gezogen und würde also der Anfechtende schlechthin für das negative Interesse als solches haftbar sein, so könnte es vorkommen, daß der andere Teil gerade infolge der von seinem Gegner erklärten Anfechtung besser gestellt sein würde, als er ohne diese stehen würde, was aber dem Rechtsempfinden durchaus widersprechen würde.

Eine weitere Einschränkung der Haftpflicht zu Gunsten des Anfechtenden enthält Absatz 2 des § 122, wonach jene Schadensersatzpflicht dann überhaupt nicht eintreten soll, „wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit — in unserem Falle also die Tatsache der unrichtigen Übermittelung — kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte)".

Der Grund zu diesem völligen Ausschluß der Haftung des Anfechtenden liegt hier darin, daß ja der andere Teil es sich in diesem Falle selbst zuzuschreiben hat, wenn er infolge der Anfechtung irgendwelchen Schaden erleidet, da er ja von Anfang an mit Rücksicht auf sein Wissen von der vorliegenden unrichtigen Übermittelung mit deren Anfechtbarkeit rechnen mußte, also sein weiteres Handeln keineswegs im Vertrauen auf die ständige Wirksamkeit jenes Geschäftes einrichten durfte.

Fünfter Abschnitt.

Die Haftung bei Verwendung eines Boten nach allgemeinen Grundsätzen.

§ 24.

Die Haftung des Absenders des Boten.

Abgesehen von der nach Anfechtung der unrichtig übermittelten Erklärung gemäß § 122 dem Absender des Boten auferlegten und bereits besprochenen besonderen Schadensersatzpflicht hinsichtlich des sog. negativen Vertragsinteresses ist nun noch zu prüfen, ob hier nicht auch überhaupt eine Haftung des Absenders nach den allgemeinen Grundsätzen in Frage kommen kann, insofern er sich eines solchen ungeeigneten Boten bediente, durch den der ihm gegenüberstehende Teil geschädigt worden ist.

In Betracht kommen dürfte hier nur § 831 BGB: „Wer einen Anderen zu einer Verrichtung — in unserem Falle wäre dies die Übermittelung der Willenserklärung — bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung — hier also bei der Übermittelung — einem Dritten widerrechtlich zufügt". Die an sich hier gegebene und auf den vollen Schadensersatz gehende Haftpflicht wird indes durch die weitere Bestimmung des § 831 ganz erheblich eingeschränkt, „daß die Ersatzpflicht dann nicht eintritt, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet".

Somit würde nur dann jene allgemeine und so erheblich weiter gehende Haftpflicht aus § 831 eintreten, wenn der Geschäftsherr, unter Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, einen Boten mit der Übermittelung betraut hätte, der als ganz ungeeignet dazu erscheinen mußte. In diesem Falle wird dann gemäß § 831, wohl auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß hier den Absender selbst, im Gegensatze zu sonst, geradezu eine Mitschuld an der unrichtigen Übermittelung trifft, er nicht nur zum Ersatz des negativen Interesses, vielmehr des ganzen Schadens überhaupt verpflichtet sein.

Von den allgemeinen Bestimmungen bezüglich der Schadens-

ersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen wird indes keine andere als die eben genannte zur Anwendung kommen können, und zwar § 823 BGB. deshalb nicht, weil von der unrichtigen Übermittelung überhaupt niemals eines der in jener Vorschrift besonders aufgeführten Rechtsgüter und auch nicht „ein sonstiges Recht" des anderen in Mitleidenschaft gezogen wird.

Sodann kann auch § 826 BGB., der allein noch in Betracht kommen könnte, aus dem Grunde nicht Anwendung finden, da durch die bloße Verwendung des ungeeigneten Boten allein, die freilich schon als solche zweifellos gegen die guten Sitten verstoßen würde, dem anderen noch nicht vorsätzlich Schaden zugefügt wird, vorausgesetzt natürlich, daß jenem Boten die Willenserklärung nicht etwa bereits unrichtig, sondern so, wie sie dem Willen des Absenders wirklich entsprach, aufgetragen wurde. Die Entstehung des Schadens ist vielmehr auch dann immer erst dadurch bedingt, daß der Bote seinerseits nun tatsächlich die ihm aufgetragene Erklärung unrichtig übermittelt. Im übrigen aber wird hier bei Verwendung eines ungeeigneten Boten die oben erörterte Haftung aus § 831 eingreifen.

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß in dem einen Fall, wo der Absender sowohl auf Grund der besonderen Bestimmung des § 122 als auch der allgemeinen Haftungsvorschrift des § 831 zum Schadensersatz verpflichtet sein wird, es natürlich ganz im Belieben seines Gegners steht, in welcher Weise er seine Ansprüche geltend machen will. Zu bemerken ist nur, daß der Schadensersatzanspruch aus § 831 der weitergehende ist und in ihm jener aus § 122 mit enthalten ist.

§ 25.

Die Haftung des Boten selbst.

Der Bote hat die von ihm ausgeübte Tätigkeit — Übermittelung einer Willenserklärung — allen beiden Beteiligten, sowohl dem Absender als auch dem Empfänger gegenüber, zu vertreten. Demgemäß wird man eine zweifache Haftung des Boten zu unterscheiden haben.

Was nun zunächst seine Haftung im Falle unrichtiger Übermittelung der ihm aufgetragenen Willenserklärung seinem Auftraggeber gegenüber anbetrifft, so ist das eine Frage, die lediglich auf

Grund des zwischen ihm und jenem bestehenden Vertragsverhältnisses zu lösen ist und deshalb nicht allgemein, sondern in jedem einzelnen Falle besonders geprüft werden kann.

Hingegen ist die Haftung des Boten gegenüber dem Empfänger der durch ihn übermittelten Erklärung ganz allgemein festzustellen. Da nämlich der Bote in gar keinem Vertragsverhältnisse irgendwelcher Art zu dem Empfänger steht, kann hier in jedem Falle nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung in Frage kommen. Wenn wir nun die hierbei in Betracht kommenden Vorschriften auf ihre Anwendbarkeit prüfen, so wird auch hier wieder § 823 auszuscheiden sein, aus demselben Grunde, der schon oben[1]) bei der Haftung des Absenders festgestellt wurde, da das dort mit Bezug auf den Absender gesagte hier in ganz gleicher Weise auch vom Boten gelten wird.

Indes wird unter Umständen der Bote auf Grund von § 826 haftbar gemacht werden können. Derselbe bestimmt, daß „wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist".

Auch schon bei an sich objektiv richtiger Übermittelung der aufgetragenen Erklärung kann eine derartige Haftung des Boten gegeben sein. Man denke z. B. an den Fall, daß der Bote eine Erklärung, von der er merkt, daß sie nur im Scherz abgegeben ist, oder aber von einem Unzurechnungsfähigen herrührt, dem Empfänger übermittelt, ohne ihn auf jenen wichtigen Umstand aufmerksam zu machen. Seine Haftung wird hier indes nur dann eintreten, wenn er jene Mitteilung absichtlich unterlassen hat, um dem anderen auf diese Weise einen Schaden zuzufügen, nicht aber, wenn ihm bezüglich dessen nur Fahrlässigkeit zur Last fällt.

In ähnlicher Weise wird man auch bei einer unrichtigen Übermittelung, gemäß dem Wortlaut der oben angeführten Vorschrift, eine Schadensersatzpflicht des Boten nur dann ableiten können, wenn dieser die unrichtige Übermittelung der ihm aufgetragenen Erklärung an den Empfänger „vorsätzlich" bewirkt hat, worin dann regelmäßig auch ohne weiteres der die fernere Voraussetzung bildende „Verstoß gegen die guten Sitten" liegen wird. Ist die unrichtige Übermittelung aber lediglich auf eine Fahrlässigkeit der Mittelsperson zurückzuführen, so hat der Empfänger,

---

[1]) vergl. S. 92 dieser Arbeit.

da § 826 versagt und eine andere Bestimmung nicht in Frage kommen kann, keine Möglichkeit, den Boten selbst für den Ersatz des ihm entstandenen Schadens in Anspruch zu nehmen, sodaß er allein auf den ihm gegenüber dem Absender zustehenden Ersatzanspruch gemäß § 122 angewiesen bleibt.

Zum Schluß ist hier noch zu erörtern, wie sich die beiden Ansprüche zueinander verhalten, die, wie wir gesehen haben, dem Empfänger bei vorsätzlich unrichtiger Übermittelung dem Absender als auch dem Boten selbst gegenüber zustehen. Brock[1]) entscheidet sich dahin, daß der aus § 122 gegen den Absender abzuleitende Anspruch dem aus § 826 gegen den Boten gegebenen vorgehe, insofern als zweifellos nach dem Willen des Gesetzes „die Haftung des Absenders auf das negative Interesse — § 122 — als «Korrelat» zur Anfechtbarkeit — § 120 — gedacht sei und infolgedessen die Haftung gleichzeitig mit der Ausübung des Anfechtungsrechtes in Wirksamkeit treten müsse.“ An den Boten selbst aber solle sich der Empfänger auf Grund des ihm gegen diesen zustehenden Anspruchs dann nur insoweit halten, als sein durch die vorsätzlich unrichtige Übermittelung erlittener Gesamtschaden noch nicht durch das vom Absender gemäß § 122 erstattete zur Deckung gelangt sei.

Diese Ansicht von Brock ist zu verwerfen. Die dem Empfänger bei vorsätzlich unrichtiger Übermittelung zustehenden Ansprüche ruhen auf verschiedenen Rechtsgründen, und zwar ist der Anspruch gegen den Absender ein kontraktlicher, während der gegen den Boten gerichtete aus unerlaubter Handlung hervorgeht Es muß dem Empfänger überlassen bleiben, wie er diese beiden voneinander ganz unabhängigen Ansprüche verwerten will. Allerdings wird er in der Regel zuerst von dem Anspruch ausgehen, der ihm die größere Aussicht auf Erfolg bietet, und das wird in den meisten Fällen — insoweit nähern wir uns Brocks Meinung — der gegen den Absender gerichtete sein. Der Ersatzberechtigte kann aber, falls er auf Grund des einen Anspruchs noch nicht seinen Schaden ersetzt bekommen hat, sich selbstverständlich dann noch auf den anderen Anspruch stützen. Letzteren verliert er nur dann, wenn er schon auf Grund des zuerst geltend gemachten befriedigt worden ist.

---

[1]) S. 111.

§ 26.

Schluß.

Aus der vorstehenden Darstellung geht hervor, daß man für das heutige Recht keineswegs mehr, wie das vielfach zu Unrecht behauptet wird, von einer nicht ausreichenden Regelung der Stellung des „Boten" reden kann. Es kommt zwar im wesentlichen nur eine einzige Stelle des Gesetzbuchs (§ 120) hierfür in Betracht, doch ist diese trotz ihrer äußerlich so kurzen Fassung, wie wir gesehen haben, in der Hauptsache als völlig ausreichend zu erachten.

Wenn nun auch freilich in der einen oder anderen Hinsicht noch mancherlei Zweifel geltend gemacht werden können, so dürfte dies nur darin seinen Grund haben, daß vorläufig noch insofern eine gewisse Unklarheit bezüglich dieser Materie obwaltet, als seltsamerweise trotz der großen Rolle, die der „Bote" im öffentlichen Leben spielt, fast noch gar keine Entscheidungen der höheren Gerichte vorliegen, die sich mit § 120, vor allem aber den sich daraus ergebenden Streitfragen befassen. Sobald sich aber einmal eine sich gleichbleibende Rechtsprechung hinsichtlich jener strittigen Punkte gebildet hat, wird jene Unsicherheit im Rechtsverkehr voraussichtlich für immer behoben sein.

Lebenslauf.

Am 13. Dezember 1887 wurde ich, Johannes, Peter, Paul, Clemens Franzke in Grünberg (Schlesien) geboren als Sohn des jetzigen Justizrats, Rechtsanwalts und Notars Paul Franzke und seiner Ehefrau Kornelia, geb. Stephan, jetzt in Ziegenhals, Kreis Neisse, wohnhaft. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Von Ostern 1897 an besuchte ich das Kgl. kath. Matthiasgymnasium in Breslau und von Ostern 1903 das Kgl. Gymnasium in Glatz, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte darauf die Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar 1906/7 in Tübingen, im Sommersemester 1907 in München und weitere vier Semester in Breslau.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen und Übungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Beling, Brie, Engelmann, Fischer, Frank, Gareis, Gretener, Heck, Heilborn, Klingmüller, Leonhard, Lotz, Meyer, Rauch, Rietschel, Schott, v. Wenckstern, v. Wendt.

Am 21. Februar 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Am 8. März 1910 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Kgl. Amtsgericht in Ziegenhals O/S. zur Ausbildung überwiesen. Am 2. August 1910 bestand ich das examen rigorosum.

Vom 1. Oktober 1910 bis 30. September 1911 genügte ich meiner Militärpflicht beim Fußartillerie-Regiment von Hindersin (Pomm.) Nr. 2, bezw. beim 2. Westpreußischen Fußartillerie-Regiment Nr. 17 in Danzig-Neufahrwasser.

Seit dem 12. Dezember 1911 bin ich am Kgl. Landgericht in Neisse beschäftigt.